Die Gelegenheitsgesellschaft nach altem und neuem Recht

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Eichinger

aus Landshut

Rechtskandidat

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

Approbiert am 25. Juli 1908.

Amberg

Druck der Buchdruckerei von Heinrich Schütz.

1908

137

Referent: Univ.-Professor Dr. Sehling.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil: Geschichte.

§ 1 Historischer Entwicklungsgang

1. Die Gelegenheitsgesellschaft in Rom 1
2. Die Commenda 1
3. Die Participatio 3
4. Die Société anonyme 4
5. Die Association en participation 9
6. Die historischen Grundlagen in Deutschland 11
7. Anhang: Sonstige, außerdeutsche Handelsgesetzgebungen 14

Vorbemerkung 15

Zweiter Teil: Altes Recht.

§ 2 Benennungen 15
§ 3 Wesen im allgemeinen 16
§ 4 Errichtung 20
§ 5 Gegenstand 22
§ 6 Verhältnis der Gesellschafter unter einander 27
§ 7 Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten 39
§ 8 Auflösung 50
§ 9 Besondere Gestaltungen und Anwendungsfälle 57

1. Die Aktien-Gelegenheitsgesellschaft (und G. m. b. H.) . . . 57
2. Die stille Gelegenheitsgesellschaft 58
3. Die Kommandit-Gelegenheitsgesellschaft 60
4. Die offene Gelegenheitsgesellschaft 62
5. Konsortien 62

Dritter Teil: Die Gelegenheitsgesellschaft nach dem 1. Januar 1900 . 67

Berichtigung 79

Literatur.

I. Kommentare und Lehrbücher:

Anschütz-Völlerndorf, Kommentar 1855, Erlangen.
Auerbach, das neue Handelsgesetz, 1863 Bd. I.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes, Berlin 1886.
Bender, Grundsätze des engeren Handlungsrechtes, Darmstadt 1824, Bd. I.
Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechtes, Heidelberg 1853—1860.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes, Stuttgart 1885.
Gareis-Fuchsberger, A.D.H.G.B., 1891.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes I. Bd.
v. Hahn, Kommentar I Bd. 1871.
Heise's Handelsrecht, Frankfurt a. M. 1858.
Reyßner, A.D.H.G. 1878.
Makower, Kommentar zum H.G.B., Berlin 1890.
Pardessus, Cours de Droit Commercial, Paris 1841, Bd. IV.
Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts, Hamburg 1828, Bd. I.
Puchelt, Kommentar zum D.H.G.B., 4. Aufl.
Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl.
Staub, Kommentar, 3. Aufl.

II. Spezialabhandlungen:

Bähr in Jehrings Jahrbüchern XIII.
Bodenheimer, Gewinnberechnung und -verteilung bei den Gesellschaften des H.G.B, Inauguraldissertation, Freiburg i. Br. 1888/9.
Dolwezel, Die handelsrechtliche Gelegenheitsgesellschaft nach altem und neuem Recht, Inaug.-Dissert. Erlangen 1907.
Geub, Über die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften, insbesondere im Vergleich mit der römischen societas und mit der offenen Handelsgesellschaft, Inauguraldissertation, Erlangen 1898/9.
Hauser im Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht N. F. VIII.
Klewitz, Die Verpflichtung zur Rechnungstellung, Inaug.-Diss., Straßburg, 1888/9.
Lastig in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselr., Bd. I, Lpzg. 1881.
Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft, Leipzig 1881.
Renaud-Laband, Das Recht der stillen Gesellschaften und der Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, Heidelberg 1885.
Schultze, Die Gelegenheitsgesellschaft, Inaug.-Diss., Erlangen 1894/5.
Struckmann, Zur Lehre von den Handelsgesellschaften, Inaug.-Diss., Göttingen 1888/90.
Sydow in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XIX.
Takaki, Die stille Gesellschaft, die Partizipations- und die Gelegenheitsgesellschaft nach den Entwürfen eines H.G.B. für Japan, In.-Diss., Halle 1889/90.

Wolff in Busch Archiv für Theorie und Praxis des A.D.H.G.B. XVIII, in Goldschmidts Zeitschrift für das ges. H.R. VIII.

III. Für das subsidiär geltende römische Recht und preußische Landrecht:

Baron, Pandekten, 1893.
Brinz, Pandekten, 2. Auflage, 1882.
Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852.
Dernburg, Pandekten, 7. Auflage 1903.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Auflage 1896.
Gesterding, Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten, Greifswald, 1818,
Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, Bd. XV.
Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiet des Zivilrechts, Heidelberg, 1829.
v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, 1858 Bd. III.
Kletke, Präjudizien, Erlangen 1857.
Koch, Das Recht der Forderungen, Berlin 1859, Bd. III.
Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 1853, Bd. I.
Rösler in Goldschmidts Zeitschrift für d. ges. H.R. IV.
Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen, Leipzig 1844.
Unterholzner, Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen, 1840, Be. II.
Vangerow, Pandekten, 7. Auflage, 1876.
Windscheid, Pandekten, 9. Auflage 1906.

IV. Gerichtsentscheidungen:

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes (R.O.H.G.).
des Reichsgerichtes (R.G.),
in Busch Archiv für Theorie u. Praxis des A.D.H.G.B.,
in Seufferts Archiv,
in Striethorsts Archiv,
in Goldschmidts Zeitschrift f. d. ges. H.R.

V. Gesetzentwürfe und Motive:

Motive zum Entwurf eines H.G.B. für die preußischen Staaten, Berlin 1857.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines A.D.H.G.A., Würzburg 1858.

VI. Für das neue Recht:

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart, 6. Auflage 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1902, Bd. II pg. 763 ff.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1903, Bd. I pg. 1128 ff.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechtes, Leipzig 1908.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906, pg. 757 ff.
Plank, B.G.B., Berlin 1907, Bd. II pg. 725 ff.
Staub, Kommentar zum H.G.B., Berlin 1906, Bd. I pg. 1124 ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549828_0023

Erster Teil: Geschichte.

§ 1: Historischer Entwicklungsgang[1]).

1. Die Gelegenheitsgesellschaft in Rom.

In Rom bestand allgemein für das Gesellschaftswesen wenig Sympathie. Das erklärt sich aus dem starren Individualismus, der den Römern eigen war und auch in ihrem Rechte scharf hervortritt. Die Gelegenheitsgesellschaft indessen war noch die am häufigsten in Rom vorkommende Assoziationsform, da sie wenigstens nicht auch eine Gewerbe-Gesellschaft war. Denn Gewerbegesellschaften einzugehen, war für den Römer unpassend. Freie Arbeit ziemte sich nicht für den römischen Bürger. Handel und Gewerbe ließ er durch die seiner patria oder dominica potestas unterworfenen Personen betreiben, und er hatte auch kein besonderes Interesse, bei fremden Personen, speziell Kaufleuten, sein Kapital anzulegen. Er gewährte seinem Sklaven ein peculium zu selbständiger Wirtschaft und zog den Gewinn aus den Geschäften, welche der Sklave mit dem peculium unternahm[2]). Sklaven und peculium ersetzten ihm also sowohl die stille Gesellschaft als auch die Aktien- und Kommanditgesellschaft. Als einer societas unius rei — ein vom bürgerlichen Recht getrenntes Handelsrecht gab es nicht, und die societas unius rei war folgeweise auch die Assoziationsform zum Abschluß einzelner Handelsgeschäfte — ist der Gelegenheitsgesellschaft im corpus juris civilis verschiedentlich Erwähnung getan[3]). Unter der „res" ist ein „Geschäft" verstanden[4]).

2. Die Commenda.

Mit dem Eintritt des Christentums und dem Wegfall der Sklavenwirtschaft schwand auch die Verachtung der freien Arbeit, die Gewerbegesellschaft konnte sich ungehemmt entwickeln. Die Gelegenheitsgesellschaft, immerhin auch Kapitalgesellschaft, trat außerdem noch aus dem Grunde zurück, weil das kanonische Recht jeden Bezug irgend welchen Äquivalents für die einem anderen gestattete Kapitalnutzung als Wucher betrachtete und verbot. Allein der seit der Völkerwanderung schon mächtig emporblühende Handelsverkehr gebot von selber die Nutzbar-

[1]) Vgl. Renaud-Laband, das Recht der still. Ges. u. der Vereinig. zu einzelnen Handelsgesch. für gemeinsch. Rechnung, Heidelberg 1885, pg. 3 ff.

[2]) Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, IV 301 ff. — IV 501 ff. — II 1—18.

[3]) Z. B. 15 pr., 165 pr. D. pro socio (17, 2).

[4]) Windscheid, Pandekten 9. Auflage, § 405, not. 5. — Vgl. auch pr. I. de societate (3, 26): societatem coire solemus aut totorum bonorum, aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

machung von fremden Kapitalien im Handelsbetrieb und führte endlich zur Ausbildung einer besonderen Art von Gelegenheitsgesellschaft, der Commenda.

Sie bestand bereits im elften Jahrhundert[1]), beschränkte sich anfangs auf den Seehandel, erstreckte sich aber später auch auf den Bank- und sonstigen Handelsverkehr Italiens. Ihrem Wesen nach war sie keine eigentliche Sozietät[2]). Sie bestand als eine sozietätsähnliche Vereinigung von Arbeit und Kapital, indem Kaufleute oder Nichtkaufleute sich zur Besorgung einzelner Geschäfte im gemeinschaftlichen Interesse verbanden, wobei der Kapitalgeber nur beschränkt haftete.

Trotz der nahen Verwandschaft dieser Kapitalbeteiligung mit dem Darlehen konnte der Commendengewinn von der kanonistischen Doktrin nicht als Wucher betrachtet werden, da die Auffassung der Commenda als einer Spezies der Sozietät durchdrang und die herrschende blieb[3]). Das hatte zur Folge, daß die Nutzbarmachung verfügbaren Kapitals, die in anderer Weise durch die kanonistischen Zinsverbote ausgeschlossen war, bis zum Mißbrauch[4]) in Form der Commendenbeteiligung geschah. So ergaben sich die verschiedensten Anwendungsfälle der Commenda (collegantia in Venedig, colonna in Genua u. a., accomandita in Florenz u. a.), und diese bildet in der Tat die Grundlage für die gesamte Entwicklung der Handelskapitalgesellschaften. Sie fand Anwendung zur Vereinigung sowohl zu Handelsgewerbebetrieben als auch zu Spekulationen und einzelnen Geschäften. Im allgemeinen aber kann man eine zweifache Sozietätsgestaltung sich aus ihr entwickeln sehen.

Einerseits führte die Verbindung eines oder mehrerer Kommendatoren mit einem Kommendatarius zu einem gemeinschaftlichen Handelsunternehmen, — der Kommendenempfänger betrieb das Handelsgewerbe, der Kommendengeber nahm nach Maßgabe der anvertrauten (kommendierten) Vermögenseinlagen am Gewinn und nicht über diesen hinaus am Verlust teil — die spätere societas per viam accommanditae[5]) zur Bildung der Kommanditgesellschaft des A.D.H.G.B.

Anderseits entwickelte sich aus der Kapitalbeteiligung bei einem fremden Handelsgewerbe, — der Kommendator erhält im Verhältnis seiner Beteiligung mit Geld oder Geldeswert am Handelsunternehmen einer Gesellschaft oder eines Einzelkaufmanns Anteil am Gewinn und trägt ebenso im Verhältnis zum eingeworfenen Betrag, jedoch nicht über diesen hinaus mit den Verlust — der späteren societas per modum participationis eine der stillen Gesellschaft des A.D.H.G.B. analoge Sozietätsform.

---

[1]) S. darüber Renaud, das Recht der Kommand. Ges., Leipzig 1881, pg. 2 ff.
[2]) Renaud, Komm. Ges., pg. 11, 12.
[3]) Renaud, Komm. Ges., pg. 14 not. 88.
[4]) Die Vereinigung, in welcher der Kapitalgeber lediglich am Gewinn teilnimmt, von jedem Verlust aber ausgeschlossen sein soll, galt denn auch lange Zeit als wucherisch für rechtlich verboten. Dec. Rotae Gen. dec. XXXIX 10.
[5]) Darüber s. Renaud, Komm. Ges., pg. 16 ff.

3. Die Participatio.

Diese letztgenannte Partizipationsgesellschaft interessiert hier, weil sie außer zu einem Handelsgewerbebetrieb auch zu einzelnen Handelsgeschäften eingegangen wurde und so neben der stillen auch die Gelegenheitsgesellschaft darstellte.

Die Umgestaltung der Commenda in eine der stillen Gesellschaft entsprechende Sozietätsform geschah in Italien im dreizehnten Jahrhundert[1]). Im fünfzehnten nahmen übrigens in Deutschland schon Gesetze darauf Bezug[2]). Eine eingehende Regelung dieser Umgestaltung aber — sie hieß nach dem Kapitalgeber (particeps) societas per modum participationes — findet sich in Italien erst in der berühmten Sammlung der Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam aus der Mitte des sechzehnten Jahrhunderts (1858)[3]).

Darnach bestand diese Gesellschaft im wesentlichen nur aus zwei Teilnehmern, dem beim fremden Unternehmen zur Betriebsbeteiligung weder verpflichteten noch berechtigten Kapitalgeber (commendans, committens vel deponens pecuniam) als bloßem particeps („non per omnia socius") und dem eigentlichen socius, dem Inhaber des Handelsgeschäftes, einem Einzelkaufmann oder einer Mehrheit von Kaufleuten (mercatores in compagnia) Der particeps war verpflichtet, eine vereinbarte Vermögenseinlage ins Eigentum des Geschäftsherrn zu übertragen, und berechtigt, sie nach Beendigung der Sozietät unter Abzug des ihn treffenden Verlustanteils, der den eingeworfenen Betrag nie überschritt, oder mit Hinzurechnung des ihn treffenden Gewinnanteiles zurückzufordern. Die Höhe des Anteils richtete sich nach dem jedesmaligen Vertrag. Zur Nachprüfung dieser Summe hatte der particeps ein Recht auf Rechnungslegung und Einsicht der Bücher. Die Geschäfte besorgte der dominus negotii unter seinem alleinigen Namen und war daher den Geschäftsgläubigern allein berechtigt und — bei einer Mehrheit von Geschäftsinhabern jeder solidarisch — verpflichtet. Der particeps trug durch seine Verpflichtung zur Verlustteilnahme — er war dritten möglicherweise gar nicht bekannt — nur indirekt zu deren Sicherheit bei. Aufgelöst wurde diese Assoziation durch Zeitablauf, Rücktritt, Vereinbarung, Konkurs des Geschäftsherrn. Der particeps konnte seinen Geschäftsanteil beliebig zedieren, und so änderte sein Tod auch nichts am Bestand der Vereinigung. Bezüglich der bereits gezahlten Einlage, soweit sie natürlich den auf ihn fallenden Verlustanteil überstieg, war er dann Konkursgläubiger, den Rest der nicht vollständig oder die überhaupt noch nicht eingezahlte Einlage schuldete er der Masse.

[1]) Renaud, Komm. Ges , pg. 22 not. 1.

[2]) Renaud, Komm. Ges., pg. 22 not. 2.

[3]) Renaud-Laband, a. a. O , pg. 6 und not. 4. — Aus den älteren zahlreichen Quellen (s. darüber Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. H. R. XXIV 419 ff. und Lastig in Endemanns Handbuch I, pg. 327, not. 11) ist meist nicht mehr zu ersehen als die bloße Tatsache der Existenz und des häufigen Vorkommens des Rechtsinstituts.

Sigismund Scaccia[1]) behandelt verschiedentlich Beispiele einer derartigen Partizipationsgesellschaft[2]), vermeidet aber die Bezeichnung societas per modum participationis.

Ansaldus de Ansaldis (1651—1719)[3]) nennt sie — ohne sie scharf von der societas per viam accommanditae auseinanderzuhalten — eine „vera et formalis accommandizia".

Carolo Zanchi[4]) hebt von der Partizipationsgesellschaft besonders hervor, daß sie vorzugsweise eingegangen werde von Adeligen oder überhaupt Personen, deren Beteiligung geheim bleiben solle.

Daß übrigens die Decisiones Rotae Genuae nur die societas per modum participationis erwähnen, während Casaregis (1670 bis 1737)[5]) hinwiederum, obwohl er sie kennt[6]), nur auf die zweite aus der Commenda hervorgegangene Assoziationsform, die societas per viam accommanditae Bezug nimmt, beweist, daß das Anwendungsgebiet der einzelnen Arten auf gewisse Plätze Italiens beschränkt war.

Gesetzlich geregelt waren beide Gesellschaftsformen bereits gegen Ende des sechzehnten Jahrhunderts in einer Provisione der Università de'mercanti zu Bologna (1583). Und zwar fungiert hier die Akkommanditgesellschaft unter dem Namen compagnia palese, die Partizipationsgesellschaft heißt dagegen compagnia secreta[7]). Diese Bezeichnung fand indes in Italien keine Verbreitung, obwohl sie sicher keine Neuschaffung war.

Wenn die geschilderte Partizipationsgesellschaft die Gelegenheitsgesellschaft vertrat, also zum Abschluß einzelner Handelsgeschäfte eingegangen war, schloß der eine Sozius im eigenen Namen die Geschäfte ab, der andere nahm entsprechend seiner Einlage Teil an Gewinn und Verlust. In der Folge bildeten sich daraus einerseits Verbindungen von mehr als zwei Genossen, von denen dann, wenn ihre Zahl z. B. drei betrug, jeder ein particeps pro tertia parte war, anderseits entstanden daraus Gesellschaften, bei denen eine Einlage nicht mehr bestimmt wurde. Eine derartige Gelegenheitsgesellschaft hieß später nach französischem Vorbild „società momentanea" oder „anonima" entsprechend dem Mangel des eigenen Namens und dem Zweck der Vollendung eines einzelnen vorübergehenden Handelsunternehmens[8]).

4. Die Société anonyme.

Daß auch in Frankreich die Commenda bestand und sich auch hier nach zwei Richtungen entfaltete, die societas per viam accommanditae und per modum participationis hervorrief, geht

[1]) tractatus de commerciis et cambio 1. Ed. Rom 1618.
[2]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 10.
[3]) discursus legales de commercio mercatura, Roma 1689.
[4]) tractatus de societate P. I c. 8 u. cap. 9.
[5]) Renaud, Komm. Ges., pg. 19 ff.
[6]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 9 not. 1.
[7]) Lastig in Endemanns Handbuch I pg. 720 u. 722.
[8]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 12 not. 2.

— ausdrückliche Zeugnisse fehlen — aus dem regen Handelsverkehr mit Italien hervor, der großen Zahl ansässiger italienischer Handelsleute und dem Handelsverkehrsbedürfnis überhaupt.

Die ersten wirklichen Handelsgesetze scheinen jedoch nur der Akkommanditgesellschaft ähnliche Verbindungen zu kennen[1]). Wenigstens ist das der Fall bei der Ordonnance de Blois vom Jahre 1579, die sich nur auf Gesellschaften von Ausländern bezieht, bei der Ordonnance vom Januar 1629, welche diese Bestimmungen aufnimmt und auf Inländer ausdehnt, und der Ordonnanz Ludwigs XIV. „sur le commerce des négocians et marchands" vom März 1673, die nur die (simple) société en commandite (commandite par intérêts) erwähnt und die société général (en nom collective).

Jaques Savary (1622–1690) gibt zwar wiederholt Beispiele einer societas per modum participationis, betrachtet aber diese Vereinsform, die auf eine Vermögenseinlage beschränkte, nach außen nicht hervortretende Beteiligung bei einem fremden Handelsgewerbe, fälschlicherweise als eine Anwendung der société en commandite der Ordonnanz von 1673[2]). Neu aber erwähnt Savary eine im Gesetz nicht vorhandene société „anonyme", „qui ne se fait sous aucun nom" ou „inconnue", „qui ne regarde point le public, mais seulement les deux associés"[3]). Von dieser anonymen Gesellschaft unterscheidet er wieder „quatre sortes":

1. Den „compte en participation", „participe", den er durch folgendes Beispiel kennzeichnet[4]): zwei Kaufleute vereinigen sich zur Annahme der Ladung eines in Smyrna angekommenen Schiffes. Sie kommen dahin überein, daß der eine, in Marseille wohnhaft, den Kauf besorgen solle, der andere, ein Pariser, einen bestimmten Teil des Preises beitrage und im Verhältnis dieses Beitrags zum ganzen Kaufpreis an Gewinn und Verlust aus dem Ankauf partizipiere. Der Marseiller Kaufmann kauft die Ladung im eigenen Namen und wird dem Verkäufer allein verpflichtet; dem Pariser Teilnehmer muß er Rechnung ablegen. Weiterhin kann vereinbart sein, daß die angekaufte Ladung nach vereinbartem Verhältnis unter die beiden Gesellschafter in natura zu selbständiger Verwertung verteilt werde — dann ist der Gesellschaftsvertrag auf ein einzelnes Handelsgeschäft, den Kauf der Schiffsladung, gerichtet — oder aber der Marseiller Kaufmann soll die von ihm gekaufte Ladung in seinem Namen wieder verkaufen, während der andere nur in einem bestimmten Verhältnis an Gewinn und Verlust partizipiert — dann ist der Gesellschaftsvertrag auf mehrere einzelne Handelsgeschäfte, den Ankauf und den Verkauf der Schiffsladung gerichtet gewesen.

---

[1]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 13.
[2]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 13, 14.
[3]) Savary, Le parfait négociant, III. Ed. 1675, P. II, liv. I, chap. 1 pg. 20 (I. Ed.?, II. Ed. 1669, III. Ed. (1.) 1675, IX (7.) Ed. 1713).
[4]) Savary, le parfait négociant, P. II. liv. I chp. 1, pg. 21.

2. Mehrere Kaufleute, welche dieselbe Messe besuchen, vereinigen sich, um sich nicht gegenseitig die Preise in die Höhe zu treiben. Jeder kauft im eigenen Namen und nach eigenem Gutdünken. Die von den einzelnen gekauften Waren werden dann zusammengeworfen und naturaliter unter die Genossen verteilt nach vereinbartem Preis oder im Verhältnis der vom einzelnen aufgewendeten Summe[1]).

3. Die sog. Monopolgesellschaft: Mehrere Kaufleute kaufen in einem bestimmten Umkreis Waren bestimmter Gattung auf und verpflichten sich, dieselben auf einer demnächst zu besuchenden Messe nicht unter dem von ihnen vereinbarten Preis zu verkaufen. Der einzelne verkauft seine Waren dann im eigenen Namen und behält den erzielten Gewinn für sich[2]). Savary selber hebt hervor, daß eine derartige Gesellschaft gegen die guten Sitten verstoße. Indes ist durch die gegenseitige Verpflichtung, Waren nicht unter einem bestimmten Preis zu verkaufen, überhaupt noch kein Gesellschaftsverhältnis entstanden[3]).

4. Als vierten Anwendungsfall der anonymen Gesellschaft führt Savary endlich die Vereinigung mehrerer Kaufleute an, welche bezweckt, für den Fall einer Teuerung im Auslande billigst Getreide anzukaufen und nach Frankreich zu schaffen[4]). Der die Geschäfte besorgende Gesellschafter hat also die vereinbarte Menge Getreide anzuschaffen und sie nach deren Ankunft in Frankreich auch abzusetzen, ein Verhältnis, das mit dem Wesen der anonymen Gesellschaft „qui n'est faite que pour un seul achat seulement" nicht, wie Renaud[5]) meint, ohne weiteres in Widerspruch steht, sofern nur jedesmal ein Spekulationsgeschäft mit der einzelnen Ladung beabsichtigt ist und nicht ein fortdauernder ganzer Gewerbebetrieb.

Die drei letzten Gattungen unterscheidet Savary in seinen Pareres[6]) als sociétés anonymes ou momentanées von dem compte en participation, nennt aber gelegentlich im Parfeit négociant die sociétés anonymes insgesamt momentanées, „parce que dès le moment que l'achat ou la vente des marchandises est fait, il n' y a plus de société.

Übrigens, hebt er hervor[7]), können an solchen anonymen Gesellschaften auch Nichtkaufleute, so insbesondere „personnes de qualité" teilnehmen und durch diese Partizipation ähnlich wie durch die Beteiligung bei einer société en commandite ihr Geld nutzbringend verwerten.

Die Einteilung der anonymen Gesellschaften in „quatre sortes" bedeutet keine Gliederung in wesentlich verschiedene, anders-

[1]) Savary parf. négociant, P. II liv. I chp. 1 pg. 23.
[2]) Savary, parf. nég. P. II, liv. I, chp. 1, pg. 23, 26.
[3]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 16, 17.
[4]) Savary, parf. nég. P. II, liv. I, chp. 1, pg. 24.
[5]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 17.
[6]) Savary, Pareres ou Avis et Conseils sur les plus importantes matières du Commerce (Ed. I. 1688) LXV.
[7]) Savary, Parf. nég. P. II, liv. I, chp. 1, pg. 24, 25.

artige Vereinsformen. Es handelt sich ja immer um den Abschluß einzelner, von vornherein bestimmter Geschäfte im Interesse der Gesellschafter, um Kauf oder Verkauf einer gegebenen Ware oder einer gegebenen Gattung von Waren.

Die société anonyme Savarys war eine in der Ordonnance de commerce nicht erwähnte, daher nicht unter Handelsrecht, sondern unter dem allgemeinen Zivilrecht stehende societas unius rei, ohne gemeinschaftlichen Namen, ohne solidarische Haftung der Teilnehmer, ohne eine auf eine bestimmte Summe beschränkte Gefahr des einzelnen oder der einzelnen Mitglieder, ohne Gesellschaftsvermögen und ohne daß die Zahl der Gesellschafter notwendig auf zwei beschränkt war. Das bezweckte Geschäft und die zu seiner Ausführung notwendigen Nebengeschäfte nahm ein vertragsmäßig damit betrauter Gesellschafter im eigenen Namen vor und verteilte dann den Ersatz für die gemachten Auslagen nach vereinbartem Verhältnis auf seine Mitgesellschafter, oder aber es handelte der eine oder der andere Gesellschafter nach Bedarf, wie es die Sachlage erforderte. Den beabsichtigten Gewinn zogen die einzelnen Gesellschafter selber, indem sie ihren Anteil an den aufgeteilten Waren selbständig verwerteten, oder er wurde erzielt durch Ankanf oder Verkauf für gemeinschaftliche Rechnung.

Auf dem gleichen Standpunkt wie Savary Vater befand sich vierzig Jahre später Savary der Jüngere.[1]) Auch er vermengte societas per viam accommanditae und per modum participationis und zählte letztere zur socéité en commandite. Auch er nennt neben dieser und der société général et collective ou ordinaire die société anonyme, inconnue ou momentannée, eine Gesellschaft, „qui se fait sous aucun nom, mais dont tous les associés travaillent chacun en leur particulier, sans que le public soit informé de leur société ..... s'apelle aussi momentanée, parce que souvent elle ne dure qu'autant de temps qu'il en faut pour acheter et pour partager les marchandises ou les deniers provenant de la vente qui eu a été faite.“ Auch er zählt „quatre sortes“ der anonymen Gesellschaft auf und nennt die erste „société participe ou en participation.“ Und auch er bemerkt ausdrücklich, daß die anonyme Gesellschaft auch von Nichtkaufleuten und Standespersonen eingegangen werden könne.

Auch in dem bis fast zur Mitte des neunzehnten Jahrhunderts immer wieder neu aufgelegten Kommentar von Jousse[2]) umfaßt die société en commandite die Partizipations- und Akkommanditgesellschaft. Auch hier ist die société anonyme eine Gesellschaft, „qui ne se fait sous aucun nom. Comme (cettes sociétés) n'ont quelque fois pour objet qu'une seule

[1]) Jaques Savary des Bruslons, Dictionnaire universel de commerce (ouvrage posthume), Amsterdam 1726, Nouv. Ed. Copenhague 1762, s. v. Société.

[2]) Nouveau commentaire sur les ordonnances de mois d'Août 1669 et Mars 1673 par M . . . . (-Jousse) conseiller au Présidial d'Orléans, nouv. Ed. Paris 1761, pg. 42.

intreprise, elles ne durent que le temps qu'il faut pour faire l'achat ou la vente ou le partage, ce qui fait aussi qu'elles sont apellées sociétés momentanées." Jousse unterscheidet von den anonymen Gesellschaften zwei Arten. Die bei Savary zuerst genannte heißt er société ou compte en participation.

Bornier[1]) führt als Beispiel einer société anonyme nur die von Savary an zweiter Stelle erwähnte Art an. Den Ausdruck société momentanée kennt er nicht.

Pothier[2]) — auch er hält die societas per viam accommanditae und die societas per modum participationis nicht auseinander[3]) — stellt die Bezeichnungen société anonyme ou inconnue und compte en participation einander gleich. Als eine Spezies der anonymen Gesellschaft, die bei Savary an zweiter Stelle erwähnte Art, betrachtet er die société momentanée. Ein Vergleich der anonymen und der Kommanditgesellschaft führt ihn zu dem Resultat, daß zwar bei beiden nur der eine Gesellschafter, welcher mit den Dritten kontrahiere, diesen verpflichtet werde, während der unbekannte Gesellschafter resp. der Kommanditist lediglich ihren Mitgesellschaftern haften, der unbekannte Gesellschafter der anonymen Gesellschaft aber für den von ihm übernommenen Anteil unbeschränkt, der Kommandist hingegen nur bis zum Betrag der von ihm in die Gesellschaft eingeworfenen Summe.

Merlin[4]) bezeichnet in der dritten Auflage seines Répertoire die société anonyme als société en participation.

Lastig[5]) sieht nun in der anonymen Gesellschaft nichts anderes als die alte Participatio, sowohl was die juristische Struktur anlangt, als auch, was das Wesen der Participatio als Vereinigung zu einzelnen isolierten Handelsgeschäften wie zu einem ganzen Handelsgewerbebetrieb betrifft. Daß Pothier als einzigen Unterschied zwischen anonymer und Kommanditgesellschaft die verschiedene Haftung der Partizipierten angibt (s. o.), scheint Lastig ein Beweis dafür zu sein, „daß die damalige Zeit das charakteristische Merkmal der société anonyme nicht in der Vereinigung zu einem oder mehreren isolierten Handelsgeschäften fand, sondern in der juristischen Form der Vereinigung."

Dem gegenüber ist aber zu bedenken, daß die anonyme Gesellschaft überhaupt keine juristische Eigentümlichkeit besaß — die juristische Form der Vereinigung richtete sich nach der jeweiligen Vereinbarung —, und daher auch nicht durch die Ordonnance du commerce behandelt wurde. Was Pothier als generellen Fall der anonymen Gesellschaft behandelt, die Geschäftsführung durch einen einzigen Gesellschafter und dessen ausschließliche Haftung, ist nur ein spezielles Beispiel. Aus den

---

[1]) Philippe Bornier, Ord. Louis XIV. sur le comm. Nouv. Ed. Paris 1767, pg. 57.

[2]) Pothier (1699—1772), traité du contrat de société, nouv. Ed. par Hutteau, Paris 1807, no. 60 suiv.

[3]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 21. — Renaud, Komm. Ges., pg. 29.

[4]) Merlin, répertoire universel et raisonné de jurisprudence (Paris 1815) s. v. société Art. IV Société en participation II.

[5]) Endemanns Handbuch I pg. 760 ff.

von Savary gegebenen Anwendungsfällen geht hervor, daß je nach Vereinbarung auch jeder Gesellschafter, oder ein beliebiger, wie es die Umstände von ihm verlangten, mit Dritten kontrahieren konnte, die Haftung der Gesellschafter also nach dem einzelnen Fall eine ganz verschiedene sein mußte. M. a. W., juristisch konstruiert konnte die anonyme Gesellschaft beliebig sein, nach Analogie irgendwelcher Gesellschaft. Das Wesentliche an ihr bestand nur darin, daß sie ausschließlich zur Besorgung einzelner Handelsgeschäfte eingegangen wurde. Daran ändert auch die gelegentliche Erwähnung der comptes en participation nichts.[1]) Mit der societas per modum participationis aber ist sie nicht im geringsten identisch. Diese Assoziationsform ist vielmehr in der société en commandite aufgegangen. Denn die auf eine Einlage beschränkte Beteiligung bei einem fremden Handelsgewerbe betrachteten die beiden Savary — und Jousse und Pothier stehen auf dem gleichen Standpunkt — als durch die Bestimmungen der Ordonnance du commerce vom Jahre 1673 über die société en commandite geregelt[2]), glauben also die beiden aus der Commenda hervorgegangenen Gesellschaftsarten, die Partizipations- und die Akkomanditsozietät unter der neuen Form der société en commandite zusammengefaßt. Das erhellt aus der Savaryschen Begriffsbestimmung von der letzteren Gesellschaft[3]) und aus zwei von ihm gegebenen Formeln zu Kommanditgesellschaftsverträgen[4]), die geradesogut als zur Gründung einer stillen Gesellschaft des A. D. H. G. B. verwendet werden könnten.

5. Die Association en participation.

Bis zum Beginn des neunzehnten Jahrhunderts gab es in Frankreich entsprechend der Ordonnance du commerce vom Jahre 1673 an Handelsgesellschaften die société général ou en nom collectiv (offene Handelsges.) und die société en commandite (Kommanditges.; Theorie und Praxis subsumierten auch die stille Gesellschaft darunter). Die société anonyme (inconnue,

[1]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 19, 21, 22 — Hauser im Zentralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht, N. F. VIII 11, 13.

[2]) Lastig, der grundsätzlich die Participatio in der société anonyme erblickt, erklärt nur nebenbei auch die société en commandite für fähig, die Participatio zu vertreten.

[3]) Savary, Parf. négoc. P. II, liv. I, chp. 1, pg. 183, 189 „. . . . qui se fait entre deux personnes, dont l'une ne fait que mettre son argent dans la société, sans faire aucune fonction d'associé (associé en commandite), et l'autre donne quelque fois son argent, mais toujours son industrie pour faire sous son nom le commerce des marchandises, dont ils sont convenus ensemble". — Renaud, Komm. Ges., pg. 29.

[4]) Savary, Parf. négoc. P. II, liv. I, chp. 1, pg. 60 suiv.: „Formule de société en commandite entre un secrétaire du Roy et un marchand Mercier, Grossier, Joueiller, pour le commerce de draps et laines d'Espagne, toiles et autres marchandises de mercerie, pour envoier aux Indes d'Espagne". Savary, Parf. négoc. P. II, liv. I, chp. 1, pg. 66 suiv.: „Formule de société en commandite entre un gentilhomme et un marchand pour le commerce de vins et d'eau de vie". — Renaud-Laband, a. a. O. pg. 14.

momentanée) ou compte en participation (Gelegenheitsges.) besaß nur gewohnheitsrechtliche Normen. Erst der Code de commerce vom Jahre 1808 erwähnt die anonyme Gesellschaft offiziell; aber nicht unter ihrer alten Bezeichnung société anonyme, welche nunmehr ausschließlich die Aktiengesellschaft bedeutet[1]), sondern unter dem Namen association[2]) commerciale en participation.

Diese associations commerciales en participation, erklärt Art. 48 Code de commerce, „sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants."

Dieselben Meinungsverschiedenheiten, wie sie über die alte société anonyme bestehen, bestehen folgeweise auch über die neue association en participation. Lastig[3]) schließt aus dem Umstand, daß der Code de commerce das materielle Recht der association en participation in keiner Weise berührt, daher das alte Recht in Geltung bleibe, umsomehr, als die Gesetzgebungskommission selber erklärte, in ihrem Entwurf nur das Recht der Ordonnance von 1673, späterer Gesetze und des geltenden Gewohnheitsrechtes zu bringen, daß die association en participation entsprechend der société anonyme, die ja nach seiner Ansicht auf die alte Participatio zurückgeht (s. o. S. 8), sowohl ein Handelsgewerbe, wie auch einzelne isolierte Handelsgeschäfte zum Gegenstand haben könne. Dieser von Troplong[4]) zuerst vertretenen Auffassung, der sich in Frankreich Bédaride, Lyon-Caen und Rénault[5]), Pont[6]) anschließen, müssen alle sein, welche das Wesen der Gelegenheitsgesellschaft nicht in ihrem Gegenstand, sondern in ihrer Verborgenheit (société occulté) sehen. Der Mangel der Firma, der Förmlichkeiten bei Gründung der Gesellschaft ist aber doch nichts Wesentliches, sondern nur eine Folge des Wesens, eine Folge davon, daß sie nur den Abschluß einzelner Handelsgeschäfte bezweckt und nicht wie die eigentlichen Handelsgesellschaften, den Betrieb eines Handelsgewerbes. Ganz abgesehen davon steht die Ansicht Troplongs in direktem Widerspruch mit den Worten des Gesetzes, das ausdrücklich die association en participation „à une ou plusieurs opérations du commerce" bezieht, den inneren Ausbau aber der Vereinbarung der Parteien überläßt[7]).

[1]) Code de commerce, Art. 19: „la loi reconnait trois espèces de sociétés commerciales: la soc. en nom collect., la soc. en commandite, la société anonyme".

[2]) Code de comm., Art. 47: „indépendamment des trois espèces de sociétés cidessus la loi reconnait les associations commerciales en participation".

[3]) Endemanns Handbuch I pg. 763 ff.

[4]) Troplong, société no. 499 suiv.

[5]) Lyon-Caen et Renault, précis de droit commercial no. 519 suiv.

[6]) Pont, sociétés commerciales, no. 1774, 1787 suiv.

[7]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 45 und die in not. 2 Zitierten. — Auch Heise (Handelsrecht 1858, pg. 61) betont ausdrücklich, daß nach französischem Recht die anonyme Gesellschaft „nur für einzelne Unternehmungen zulässig

Das Schicksal der Participatio (stille Ges.) war durch die fälschliche Verquickung mit der société en commandite der Ordonnanz vom Jahre 1673 bereits erfüllt: sie stimmt auch mit dem Wesen der Kommanditgesellschaft des Code de commerce nicht besser überein, ist aber gleichwohl in Frankreich nicht weiter geregelt worden.

6. Die historischen Grundlagen in Deutschland.

Die deutsche Rechtsliteratur und Gerichtspraxis nahmen mangels eines aufgezeichneten einheimischen Handelsrechtes urteilslos die handelsrechtlichen Institute des Auslandes an. So hielten zuerst die Literatur und der Gerichtsgebrauch Italiens in Deutschland ihren Einzug (s. o. S. 3). Seit Ludwig XIV., Colbert, Savary, beeinflußte ausschließlich Frankreich das deutsche Handelsrecht.

Es ist hier nicht zu reden über die unendliche Verwirrung, welche die Herübernahme der société en commandite und deren Verquikung mit der in Deutschland längst bekannten und gebräuchlichen, nur noch keinen speziellen Namen besitzenden stillen Gesellschaft verursachten[1]). Das A.D.H.G.B. stellte schließlich die alte deutsche stille Gesellschaft, das „Einlegen von Geld zu Gewinn oder zu Gewinn und Verlust", fast völlig rein wieder her und regelte sie so gründlich, wie noch keinem Gesetz oder Autor vorher eine sie betreffende Darstellung gelungen war.

Die société anonyme oder spätere association en participation übernahmen die deutschen Schriftsteller als ein ihnen vollkommen neues Handelsgesellschaftsgebilde und klammerten sich daher erklärlicherweise auf das ängstlichste an das französische Vorbild an. Im Jahre 1676 bereits erschien in Deutschland eine anonyme Übersetzung des 1675 neu aufgelegten Savaryschen Parfait négociant[2]), im Jahre 1709 war schon ein deutscher Auszug der Pareres erschienen[3]). Diese beiden Werke vermittelten wesentlich die Einführung der anonymen Gesellschaft in Deutschland, wenigstens nahm ein großer Teil der nachfolgenden Schriftsteller

---

sei, nicht für eine fortdauernde Handlung". — Vgl. auch Pardessus, Cours de Droit Commercial, Paris 1841, IV 285: les opérations déterminées, qui sont l'objet des participations. — Ebenda pg. 287: le caractère propre d'une association en participation est pu'elle soit relative à une ou plusieurs opérations de commerce dont l'objet est né au moment où les parties font leur convention, et qu'elle ne se prolonge pas au delà du temps nécessaire pour les achever.

[1]) Darüber s. Renaud-Laband a. a. O. pg. 22—39. — Lastig in Endemanns Handbuch I pg. 728—733.

[2]) Jakob Savary, der vollkommene Kauf- und Handelsmann, Genf, Widerhold 1676.

[3]) P. J. Marsperger, Hinlänglicher Vorrath unterschiedlicher von denen berühmten Universitäten und Handelsplätzen über allerhand die Kauffmannschaft betreffende eingeholten Responsorum und kauffmännischen Pareres. Insonderheit des berühmten französischen Commercienrathes Savary in Foro mercantili längst verlangte Pareres, Hamburg 1709.

des laufenden Jahrhunderts lediglich auf Marsperger Bezug, wogegen allerdings auch einige das Original direkt benutzten[1]).

In der Übersetzung des Parfait négociant vom Jahre 1676 — an die Benennung schließt sich großenteils die materielle Entwicklung des Rechtsinstitutes an — heißt die anonyme Gesellschaft „Sozietät genannt Anonime, d. i. die unter keinem Namen geschieht", resp. „Sozietät, welche man Anonime nennt, oder die keinen Namen hat", auch schon „Anonime oder unbenannte Gemeinschaft"[2]). In der Marspergerschen Übersetzung der Pareres finden sich folgende Bezeichnungen: „Anonyme oder Gesellschaftsrechnung"[3]), Partizipationsrechnung"[4]), Anonyme oder sonder Nahm, auch wohl Momentanée (kurze Zeit währende)[5]).

Auch Ludovici[6]) hat sich ganz Savarys Definition der „sociétés anonymes und zu Deutsch ungenannten oder unbekannten Gesellschaft" zu eigen gemacht, „in welchen ein jeder Compagnon für sich und unter seinem Namen arbeitet". „Dergleichen Sozietäten", fährt er fort, „sind geheim und nur den Compagnons bekannt". „Participationskonto", sagt er an einer anderen Stelle[7]), „französisch compte en participation, ist eine Art von Gesellschaftsrechnung, welche von zwei Kauf- oder Handelsleuten geführt wird, die in einer ungenannten oder unbekannten Gesellschaft stehen, die aber doch an beiderseitigem Gewinn oder Verlust partizipieren".

Martens[8]) (1798) zieht in seine Darstellung über die anonyme Gesellschaft auch deren Gegenstand herein: Eine „compagnie anonyme" oder „compte en participation (à conto meta)" ist nach ihm vorhanden, „wo zwei oder mehr Personen entweder fortdauernde bestimmte Handelsgeschäfte oder einzelne Handelsspekulationen auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust zu unternehmen verabreden, die Geschäfte selbst aber mit Dritten nur im Namen Einzelner unter ihnen geführt werden. Hier sind zwar die Rechte der Teilnehmer unter einander nach den Grundsätzen einer societas particularis zu beurteilen; gegen Fremde aber erwachsen daraus keine besondere rechtliche Wirkungen".

Heise[9]) betont hinwiederum vornehmlich die Verborgenheit der anonymen Gesellschaft (association en participation) als einer Sozietät, „welche ihre Teilhaber nicht laut werden läßt, und bei welcher alle Geschäfte auf den Namen eines einzigen geführt werden, als ob sie für dessen alleinige Rechnung gingen". Möglich, wenn auch selten, sei diese Gesellschaft auch zum Betrieb eines fortdauernden Handelsgewerbes.

[1]) Lastig in Endemanns Handbuch I pg. 725.
[2]) Lastig ebenda pg. 765.
[3]) par XXIII — [4]) par LV. — [5]) par LXV.
[6]) Ludovici, Eröffnete Academie der Kaufleute oder Vollständiges Kaufmanns-Lexikon, 2. Auflage, Leipzig, 1767, sub v. „anonymus". — Renaud-Laband, a. a. O. pg. 39 ff.
[7]) Ludovice, a. a. O. s. v. „Participationsconto".
[8]) Martens, Grundriß des Handelsrechtes § 23.
[9]) Heise's Handelsrecht, Frankfurt a. M. 1858, S. 60, 61.

Pöhls[1]) versteht unter dieser Gesellschaft (compte en participation, a conto meta, tertia etc.) eine Vereinigung von zwei oder mehreren Kaufleuten zu gemeinsamer Beteiligung an Gewinn und Verlust aus einem mit gemeinschaftlichen Mitteln zu betreibenden einzelnen Handelsgeschäft oder mehreren solchen. Die Teilnehmer schießen das zur Ausführung des wenigstens der Gattung nach bestimmten Geschäftes nötige Kapital zusammen, den Abschluß desselben aber besorgt notwendigerweise ein einzelner Teilnehmer auf seinen eigenen Namen. Dieser wird auch alleinig dem dritten Kontrahenten gegenüber berechtigt und verpflichtet.

Bender[2]), der übrigens genau die Savaryschen Beispiele wiedergibt, gebraucht zum erstenmal die Bezeichnung „Spekulationsverein" und spricht von derartigen Verbindungen als von „Gesellschaften zu einzelnen Unternehmungen auf gemeinsamen Gewinn und Verlust, sociétés en participation .... Das Gesellschaftsverhältnis besteht hier bloß unter den Teilnehmern; .... Dritte halten sich ausschließlich an den, mit welchem sie ihr Geschäft abschlossen."

Der Name „Gelegenheitsgesellschaft" stammt von Nobak[3]).

Brinkmann[4]) definiert die Gelegenheitsgesellschaft (association en participation) als „eine Vereinigung mehrerer einzelner oder Kollektivpersonen (offene Handelsgesellschaft, Aktiengesellschaft) zu einem einzelnen bestimmten oder mehreren bestimmten Geschäften. (Unternehmungen oder Geschäfte für gemeinschaftliche Rechnung, oder à conto meta, à conto terza etc.)"

Zuerst war es das badische Landrecht, das die französische association en participation, die „Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen" als generelles Rechtsinstitut in Deutschland einführte. Ihm folgten die gesamten übrigen Gesetzentwürfe und Gesetze. So stellt der württembergische Entwurf eines Handelsgesetzes (Art. 274—278 und Motive[5]) hiezu) den eigentlichen Handelsgesellschaften „Verbindungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung" gegenüber, „Verbindungen, welche ein- oder mehrere besondere und bestimmte Handelsgeschäfte betreffen", deren „Gegenstände und Bedingungen durch die Übereinkunft der Teilnehmer bestimmt" werden. Ebenso erwähnt der Entwurf einer Handels- und Wechselordnung für das Herzogtum Nassau (1842) gesondert von den Handelsgesellschaften „Verbindungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung" (§§ 102 –104), die zu ihrer Entstehung weder der Schriftlichkeit noch sonst einer für die Han-

[1]) Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts, Hamburg 1828, Bd. I S. 223, 224. — Er verquikt übrigens die société anonyme-Aktien Ges. mit der société anonyme-Gelegenheitsges.

[2]) Bender, Grundsätze des engeren Handlungsrechtes, Darmstadt, 1824, Bd. I pg. 345.

[3]) Nobak, der Handel in Compagnie (1829) §§ 6 u. 10.

[4]) Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechtes, Heidelberg 1853—1860, pg. 257.

[5]) S. 236.

delsgesellschaften notwendigen gesetzlichen Förmlichkeit bedürfen. In gleicher Weise behandelt der Entwurf eines Allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (Art. 108—110)[1] seine „Verbindungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung." In gleicher Weise geht ferner der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten (1857) vor (Art. 85, Art. 206—210). Die Motive hiezu (S. 98 ff.) nennen diese von den Handelsgesellschaften getrennte Vereinigung Gelegenheitsgesellschaft, association en participation, Unternehmung zu einzelnen Handelsgeschäften, a conto meta. Dieselben Bestimmungen finden sich endlich im deutschen Entwurf erster Lesung (Art. 228 ff.) wieder, und der Entwurf zweiter Lesung wie der abgeschlossene Entwurf bezw. das Allgemeine deutsche H. G. B. unterscheiden endgültig von den Handelsgesellschaften die — nunmehr auch von der Kommanditgesellschaft unterschiedene (s. o. S. 11) — stille Gesellschaft und „die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung" (Art. 266 bis 270).

7. Anhang: Sonstige außerdeutsche Handelsgesetzgebungen.

In der nämlichen Weise wie im A. D. H. G. B. neben der stillen Gesellschaft die Gelegenheitsgesellschaft geregelt ist, verhält es sich in Österreich mit Ausnahme von Ungarn samt Nebenländern.

Der Codice di commercio del Regno d'Italia (in Kraft getreten am 1. Januar 1883, Art. 233—238) enthält die alte societas per modum participationis in Gestalt der associazione in participazione, eine der stillen Gesellschaft entsprechende[2] Assoziationsform, welche, auf den Abschluß einzelner Handelsgeschäfte angewendet, auch die Gelegenheitsgesellschaft darstellt.

Der spanische Codigo de commercio hat (Art. 354—358) ähnlich — jedoch als Vereinigung von nur Kaufleuten — die sociedad accidental ó cuentas en participacion geregelt[3].

Der Rev. Belgische Code de commerce enthält zwei der Gelegenheitsgesellschaft entsprechende Institute (liv. I tit. IX Art. 3, Art. 108—110): einmal die association en participation, eine der italienischen associazione in participazione und dem spanischen Recht analoge Vereinigung, welche sowohl die stille Gesellschaft wie die nach Art der stillen Gesellschaft eingegangene Gelegenheitsgesellschaft vertritt, zum anderen die association momentanée, welche nur une ou plusieurs opérations de commerce déterminées zum Gegenstand hat, im übrigen nach jeder möglichen Gesellschaftsart konstruiert sein kann.

---

[1] Entwurf der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Commission, Frankfurt a. M. 1849.

[2] Dem Wesen der still. Ges. des A. D. H. G. B. widersprechend ist es, daß die ass. in part. auch von mehreren Personen eingegangen werden kann.

[3] Vgl. Codigo commercial Portuguez Art. 224—229.

Keine stille Gesellschaft, wohl aber eine Gelegenheitsgesellschaft haben dem Code de commerce folgend, das Handelsgesetzbuch für Serbien vom Jahre 1860 (§§ 46—49) und das ungarische Handels-Gesetzbuch vom Jahre 1875 (§ 62), ebenso das holländische Wetboek van Koophandel vom Jahre 1838, welches die Gelegenheitsgesellschaft unter der Bezeichnung Handelingen voor gemeene rekening (Art. 57, 58) behandelt, Gesellschaften im Sinne der Art. 47—50 des Code de commerce, wie sie denn auch in der französischen Übersetzung des Gesetzbuches von W. Wintgans richtig associations commerciales en participation genannt werden.

Auf demselben Standpunkt steht der Codigo commercial do imperio do Brasil vom 25. Juni 1850 mit seiner socieda em conta de participaçao, auch Gesellschaft für gemeinschaftliche Rechnung, zufällige, vorübergehende, unbenannte Gesellschaft geheißen (Art. 325—328). Endlich kommt auch das ägyptische Gesetz vom Jahre 1874 (in Kraft getreten 1876) übereinstimmend mit der französischen association en participation und der holländischen handeling vor gemeene rekening eine Gesellschaft auf Teilhaberschaft, die sich lediglich auf ein einzelnes, isoliertes Handelsgeschäft bezieht.

Vorbemerkung: Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat die Gelegenheitsgesellschaft nicht mehr geregelt. Sie bildet für sich kein besonderes Rechtsinstitut mehr. Die vorliegende Betrachtung über sie muß sich also vorerst im Rahmen des alten Handelsgesetzbuches bewegen und von dem Bestehen des neuen Handelsgesetzbuches, des bürgerlichen Gesetzbuches, der neuen Konkursordnung, Zivilprozeßordnung etc. absehen. Dem entsprechend sind zur Ergänzung die Bestimmungen des preußischen Landrechts und des gemeinen Rechtes oft herangezogen.

Zweiter Teil. Die Gelegenheitsgesellschaft nach altem Recht.

§ 2. Benennungen[1]).

Einen technischen Namen hat „die Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung“[2]) vom Allg. Deutsch. H. G. B. nicht erhalten. Indes haben sich in der Theorie und Praxis verschiedene Bezeichnungen für sie eingebürgert, und auch die meisten außerdeutschen Gesetze kennen solche.

Die Benennungen association en participation, società momentanea oder anonima, sociedad accidental, handeling vor gemeene rekening sind schon in der historischen Übersicht an ihrer Stelle erwähnt worden.

[1]) S. Renaud-Laband, a. a. O. pg. 208 ff.

[2]) Eine Übersetzung des holländischen „handelingen vor gemeene rekening“?

Das Reichsoberhandelsgericht und Reichsgericht gebrauchen die auch sonst in Deutschland verbreitetste Bezeichnung „Gelegenheitsgesellschaft“ [1]). Dieser Name ist wohl auch als für eine Vereinigung, die nur gelegentlich zum Abschluß eines einzelnen gerade Gewinn verheißenden Geschäftes eingegangen wird, der zutreffendste.

Auch societas momentanea oder accidentalis trifft das Wesen der Vereinigung des Art. 266 A. D. H. G. B., einer durch den Zufall, den jeweiligen günstigen Moment ins Leben gerufenen Sozietät.

Ein „Spekulationsverein“ [2]) aber, wie man die Gelegenheitsgesellschaft auch heißt, ist jede Erwerbsgesellschaft. Eine derartige Bezeichnung kennzeichnet das Wesen gerade der Gelegenheitsgesellschaft in keiner Weise. Auch der Umstand, daß dieser Name — wie Thöl hervorhebt [3]) — die auch im Gesetz vermiedene Bezeichnung als „Gesellschaft“ nicht enthält, empfiehlt seine Anwendung noch nicht; denn die Gelegenheitsgesellschaft ist, wenn auch nicht gerade eine Handelsgesellschaft, so doch immerhin eine Gesellschaft.

Durch die Bezeichnung „Conto-meta-Gesellschaft, Gesellschaft à conto meta, conto terza etc.“ ist hinwiederum nur die Partizipationsquote des einzelnen Teilnehmers angedeutet [4]).

„Konsortium“ ist die spezielle Bezeichnung der zur Aktienbegebung eingegangenen Gelegenheitsgesellschaft.

Der Name „Partizipationsgesellschaft“ endlich ist vieldeutig, dem Code de commerce nach kennzeichnet er nur eine Gelegenheitsgesellschaft, dem codice de commercio nach sowohl die stille wie die Gelegenheitsgesellschaft.

§ 3. Wesen im allgemeinen.

„Die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung“ war geregelt im zweiten Titel des dritten Buches, Art. 266—270 des Allg. Deutsch. H. G. B. Es handelt sich bei ihr, wie schon der Name sagt, nicht um den Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern um die Unternehmung eines einzelnen oder mehrerer einzelner Handelsgeschäfte. Fernerhin ist aber auch nicht eine gewerbemäßige Betreibung verschiedener einzelner Handelsgeschäfte bezweckt, sondern immer nur der vereinzelte Geschäftsabschluß für sich. Das führt zu dem Schluß, daß eine derartige Vereinigung, Gelegenheitsgesellschaft genannt, zwar eine Gesellschaft von handelsrechtlichem Inhalt (association commerciale), aber keine Handelsgesellschaft (société de commerce) ist, wie sie denn auch zwar vom H. G. B., aber gesondert von den Handelsgesell-

[1]) S. o. S. 13. — [2]) S. o. S. 13.

[3]) Thöl, Handelsrecht, 6. Anlage, § 203 not. 4.

[4]) Das O. A. G. zu Lübeck sieht in seiner Entscheidung vom 29. Juni 1858 (Zeitschrift f. d. ges. H. R. VII 466) in einem „Conto-a meta Geschäft“ eine ganz bestimmte, spezielle Vereinigung, „ein von zwei Personen mit durchaus gleicher pekuniärer Beteiligung gemachtes kaufmännisches Unternehmen“.

schaften geregelt wird.[1]) Als Nicht-Handelsgesellschaft führt sie keine Firma[2]), hat kein eigentliches Gesellschaftsvermögen[3]), bildet nach außen keine geschlossene Einheit und hat daher auch keinen Vertreter[4]), kein besonderes Domizil oder einen besonderen Gerichtsstand[5]) und kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

Ihre innere Struktur kann eine sehr verschiedene sein. Die Art. 266—270 A. D. H. G. B. setzen sie im allgemeinen als gewöhnliche zivilrechtliche societas unius rei eingegangen voraus. Soweit diese Bestimmungen nicht ausreichen, greifen ergänzungsweise nicht die Vorschriften des H. G. B. Platz, sondern (Art. 1 A. d. H. G. B.) es entscheiden zunächst die Handelsgebräuche. In deren Ermangelung kommt das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung.

Ihrem Wesen als „Gesellschaft" entsprechend, muß die Vereinigung sich stets als eine Verbindung zu gemeinsamen Leistungen zur Erreichung des Gesellschaftszweckes darstellen, die Teilnehmer müssen in einem wirklichen Gesellschaftsverhältnis zu einander stehen. Das unterscheidet sie von dem Verhältnis eines commis intéressé zum Geschäftsherrn. Es ist demnach wohl zu unterscheiden zwischen dem Einwerfen persönlicher Tätigkeit seitens des Gesellschafters mit dem animus societatis contrahendae[6]) und der Beteiligung am Gewinn seitens eines Angestellten als Belohnung für seine Dienste. Keine Gelegenheitsgesellschaft liegt beispielsweise vor, wenn ein Kaufmann, der eine Waldparzelle kaufte, um das aus ihr gewonnene Holz weiter zu veräußern, jemanden gegen einen bestimmten Anteil lediglich am Gewinn zur Aufsicht über die Holzfäller und zum Abschluß von Verkäufen bestellt. Der Beauftragte ist hier nur ein commis intéressé.[7])

Es erscheint in diesem Zusammenhang merkwürdig, daß die Gelegenheitsgesellschaft — nicht bloß vom Deutschen H. G. B. und unvollständig und meist negativ — überhaupt in Handelsgesetzen geregelt ist, wo es doch als selbstverständlich erscheint, daß eine Sozietät wie zu einzelnen Unternehmungen, so auch zu einzelnen Handelsgeschäften eingegangen werden kann, wo also offenbar zu ihrer Beurteilung und Behandlung die Normen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes ausreichen würden. Es

[1]) Die Bezeichnung „uneigentliche Handelsgesellschaft" (R O H.G. IX 163) ist nicht glücklich gewählt.

[2]) Handelt sie trotzdem — bei Konsortien zur Übernahme einer Lieferung nicht selten — unter einem gemeinschaftlichen Kollektivnamen, so gilt Art. 26 Abs. 2 Es entstehen nur zivilrechtliche Folgen. Auch der mit einer solchen Firma unterzeichnete Wechsel ist ungültig. Puchelt, Kommentar 4. Aufl. Anm. 1 zu Art. 17.

[3]) R O. H. G. XIV 257.

[4]) Wolff in Zeitschr. f. d. ges. H. R. VIII 394, in Busch Archiv XVIII 259, 261.

[5]) Brinkmann, Lehrbuch des H. R. 1853—1860, S. 258. — Örtlich zuständig für die Klageerhebung ist, da gegen die Ges. als solche nicht geklagt werden kann, der entsprechende Wohnort des einzelnen Gesellschafters.

[6]) Dernburg, Pandekten 7. Aufl. 1903, II S. 342.

[7]) R. G. VI 79.

erscheint speziell die Hervorhebung merkwürdig, daß die Gelegenheitsgesellschaft keine Handelsgesellschaft ist[1]), daß sie daher den Vorschriften über Handelsgesellschaften nicht unterworfen ist[2]), insbesondere nicht zu ihrer Errichtung der für diese vorgeschriebenen Förmlichkeiten[3]), der Schriftlichkeit[4]) bedarf, keine Firma hat[5]), nicht die Eigenschaften einer juristischen Persönlichkeit besitzt[6]), daß nicht die Gesellschaft als solche, sondern immer nur der geschäftsführende Gesellschafter den dritten Kontrahenten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird[7]), und er seinen Mitgesellschaftern zur Rechnungslegung verbunden ist[8]). Ebenso überflüssig erscheint die Bestimmung, daß Gegenstand und Beteiligungsbedingungen der Gelegenheitsgesellschaft[9]), geradeso wie die Formen[10]) der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen.

Zu all diesen Bestimmungen gab zweifellos die große Unsicherheit der Theorie Anlaß, und es erschien notwendig, das, was man von der Gelegenheitsgesellschaft praktisch verlangte, theoretisch ausdrücklich festzusetzen[11]).

Ein innerer Unterschied zwischen der Gelegenheitsgesellschaft und den Handelsgesellschaften ist schwer zu geben. Beide gehen in einander über, insofern der innere Ausbau der Gelegenheitsgesellschaft sich vollständig nach der Vereinbarung der Kontrahenten richtet, also sehr gut nach Analogie einer Handelsgesellschaft geschehen kann. Der juristischen Struktur nach besteht im allgemeinen also kein Unterschied. Allein auch der Versuch, nach der wirtschaftlichen Seite hin einen Unterschied zu suchen, indem die Handelsgesellschaften den Betrieb eines Handelsgewerbes, die Gelegenheitsgesellschaft aber den Abschluß einzelner Handelsgeschäfte bezwecken, führt zu keinem entscheidenden Resultat[12]). Denn wie der Einzelkaufmann, der nur ge-

---

[1]) Im A.D.H.G.B. angedeutet durch die von den Handelges. gesonderte Behandlung. Außerdem Code de commerce, art. 47. — Rev. belgischer Handelskodex liv. I tit. IX art. 3.

[2]) Ungarisches H.G.B. § 62.

[3]) Code de comm. art. 50. — H.G.B. für Chile, Art. 508. — Für Ägypten Art. 70. — Für Argentinien, Art. 446.

[4]) A.D H.G.B. Art. 266. — Span. Handelskod. Art. 355. — Niederländ. H.G.B. Art. 58. — S. übrigens u. S. 21.

[5]) Span. Handelskod. Art. 356. — Rev. belg. Handelskod. liv. I tit. IX art. 108. — H.G.B. für Ägypten, Art. 65. — Für Bolivia, Art. 288. — Für Chile, Art. 509. — Für Argentinien, Art. 444.

[6]) H.G.B. für Chile, Art. 509.

[7]) A.D.H.G.B. Art. 269. — Ungarn § 62. — Spanien Art. 357. — Niederlande Art. 58 a. E. — Ägypten Art. 67. — Argentinien Art. 448. — Chile Art. 510.

[8]) A.D.H.G.B. Art. 270. — Ungarn § 62. — Spanien Art. 358. — Bolivia Art. 290. — Chile Art. 507.

[9]) Niederländisches H.G.B. Art. 58.

[10]) Code de comm. Art. 48. — Rev. belgisch. Handelskod. liv. I tit. IX art. 110. — Ägyptisches H.G.B. § 66. — H.G.B. für Argentinien § 445. — Für Chile, Art. 508.

[11]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 67.

[12]) Vgl. Pardesus a. a. O. pg. 289: On peut s'associer en participation pour des objets d'une très haute importance; quelquefois une société en

legentlich einmal ein Geschäft abschließt, vom Nicht-Kaufmann, der ebenso wie er nur hin und wieder ein einzelnes Handelsgeschäft ausführt, sich nur dadurch unterscheidet, daß er eben Kaufmann ist, so auch die Handelsgesellschaft von der Gelegenheitsgesellschaft. Bedeutete der verschiedene wirtschaftliche Zweck einen wesentlichen inneren Unterschied, so müßte die Handelsgesellschaft, welche aus irgend welchen Gründen nur zum Abschluß einzelner Geschäfte gelangt, ihre Eigenschaft als Handelsgesellschaft verlieren, die Gelegenheitsgesellschaft aber, deren sämtliche Mitglieder beispielsweise die Befugnis zur Geschäftsführung haben und, um ihren Zweck zu erreichen, zum Abschluß einer ganzen Reihe unvorhergesehen hinzugetretener ausgedehnter Geschäfte gezwungen sind, eine offene Handelsgesellschaft werden[1]).

Im einzelnen freilich zeigen sich schroffe Verschiedenheiten. Die Gelegenheitsgesellschaft unterscheidet sich von der offenen Handelsgesellschaft, dem Typus einer Handelsgesellschaft, schon durch den Zweck: dort ist Gegenstand ein einzelnes Handelsgeschäft, hier ist ein Handelsgewerbe Mittel zum Zweck. Dort kommen ferner die Mitglieder stets nur als Einzelindividuen in Betracht; die Gelegenheitsgesellschaft als solche kann nicht Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, als Prozeßpartei fungieren, hier eine festgefügte organische Einheit mit Firma, selbständigem Vermögen und einheitlicher Vertretung. Das Fehlen der Firma wäre hier selbst beim Vorhandensein aller übrigen Voraussetzungen dem Nichtbestehen der Gesellschaft gleichbedeutend. Dort obliegt den Teilnehmern eine Deckungspflicht der durch das gemeinschaftliche Unternehmen verursachten Kosten, hier besteht diese Pflicht während der Dauer der Gesellschaft nicht. Dort verzinsen sich die Einlagen zu 6%, hier zu 4%. Hier ist die Solidarhaft der Gesellschafter ein wesentliches Merkmal, dort ist sie nur möglich. Hier findet eine regelrechte Liquidation statt, dort kann von einer eigentlichen Liquidation nicht die Rede sein. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist endlich im Gegensatz zur Gelegenheitsgesellschaft die Geschäftsführung jederzeit der Revision eines jeden Gesellschafters unterworfen, besteht eine Konkurrenzklausel, übernimmt der neu hinzutretende Sozius auch die vorher begründeten Gesellschaftsschulden, haftet die Gesellschaft für den vom

nom collectiv peut n'avoir pour but qu'une série d'affaires peu considérables et qui, réunies, n'équivalent pas à une seule entreprise en participation". Vgl. unt. S. 25.

[1]) Hauser im Zentral-Organ f. d. deutsch. H. u. Wechselr. N. F. VIII 11. — Dagegen nimmt fälschlich Wolff (in Busch Archiv für Theorie und Praxis des A.D.H.R. XVIII 258, not. 2) eine solche Umwandlung an. — Ebenso Auerbach, das Gesellschaftswesen 1861, pg 439. — Unrichtig ist also auch die Entsch. des O.A.G. zu Nürnberg vom 2. Dez. 1869 (Sammlung III 301), nach der eine Vereinigung zu Schweinehandel für unbestimmte Dauer auf gemeinsamen Gewinn und Verlust als Gel. Ges. behandelt wird, lediglich aus dem Grund, weil der Betrieb nicht unter gemeinschaftlicher Firma vor sich gegangen ist, wie er für die off. H. Ges. vorgeschrieben sei.

Vertreter auch außerkontraktlich verursachten Schaden, verjähren die Klagen aus der Solidarhaft in fünf und nicht in dreißig Jahren. Auch ist der Modus der Auseinandersetzung ein verschiedener.[1]).

Die Aktiengesellschaft kann zwar wie die Gelegenheitsgesellschaft auch einzelne Handelsgeschäfte bezwecken, besitzt aber zum Unterschied von dieser eine feste Organisation (Vorstand, Aufsichtsrat, Generalversammlung).

Die stille Gesellschaft und die Gelegenheitsgesellschaft haben die gleiche Tendenz. Beide verbinden Kapital mit Arbeit. Dort vermehrt der stille Gesellschafter das Betriebskapital des Geschäftsinhabers, hier trägt der Teilnehmer dem geschäftsführenden Mitgesellschafter zur Kostendeckung bei. Beide sind keine Handelsgesellschaften, weil sie weder unter einer geschlossenen Firma ein Handelsgewerbe betreiben, noch ihre Form sie ohne Rücksicht auf ihren Zweck zu einer Handelsgesellschaft macht. Jedoch sind dort nur zwei Sozii denkbar, hier ist ihre Zahl an sich unbeschränkt. Dort handelt es sich um Gewinn und Verlust aus einem Handelsgewerbe, hier aus einem einzelnen Handelsgeschäft. Dort muß notwendig der eine Gesellschafter Kaufmannseigenschaft haben, hier braucht keiner der Teilnehmer Kaufmann zu sein.

Mit der römischrechtlichen societas stimmt die Gelegenheitsgesellschaft bezüglich ihres Begriffes fast vollständig überein — sie hat nur im Gegensatz zu jener ausschließlich Handelsgeschäfte zum Gegenstand — bezüglich ihres Rechtscharakters aber vollkommen. Nur ist für die Gelegenheitsgesellschaft eine Verzinsung der Einlage vorgesehen und solidarische Haftung möglich, zwei Momente, welche der römischen societas fremd sind[2]).

§ 4. Errichtung.

Die Gelegenheitsgesellschaft ist als eine Vereinigung zu Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnnng eine societas privata im Sinne des allgemeinen Zivilrechts[3]). Sie wird also errichtet durch einen Sozietätsvertrag[4]). Derselbe muß die Vereinigung der Kontrahenten zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung bezwecken, falls diese Vereinigung nicht eine gewöhnliche Sozietät sein soll, den Willen der Parteien enthalten, eine der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommandit- oder stillen Gesellschaft analoge Verbindung einzugehen. Reine accidentalia sind Ver-

[1]) Vgl. R.O.H.G. XXIII 94.

[2]) Über den Unterschied der Gelegenheitsgesellschaft von Gemeinschaft nach Abschnitt III preuß. Landr. Teil I Titel 17 § 169 ff. und von erlaubten Privatgesellschaften im Sinne des Teil II Tit. 16 pr. Ldr. s. R.G. IX 108.

[3]) R.O.H.G. IX 137. — Lastig in Endemanns Handbuch I 759.

[4]) Die Grundlage jeder Sozietät bildet ein Vertrag. Vereinigungen also, die ihr Zustandekommen einem anderen Grunde (Erbschaft, Vermächtnis, Zufall) verdanken, fallen nicht unter den Begriff der societas. Dernburg, Pandekten, 7. Auflage 1903, Bd. II S. 341.

einbarungen — in ihrer Ermangelung greifen die Bestimmungen des Gesetzes Platz[1]) — über Geschäftsführung, Liquidation, die Höhe der Beiträge und Verlust- und Gewinnanteile, über den Zeitpunkt des Beginnes und der Beendigung der Gesellschaft. Nur wenn die Vereinigung analog der Kommandit- oder stillen Gesellschaft errichtet werden soll, muß hinwiederum der Vertrag die Namen des Geschäftsinhabers und der nur Partizipierenden, die Einlagenhöhe und Vereinbarungen darüber enthalten, ob die eingezahlten Gelder einen gemeinschaftlichen Fonds bilden sollen, oder ob dem einzelnen Gesellschafter im Betrag seiner Einlage ein Forderungsrecht eingeräumt werden soll[2]).

Die vertragschließenden Personen können Kaufleute, Nichtkaufleute, physische oder juristische Personen sein. Die Ehefrau ist — soweit nicht Partikularrechte entgegenstehen — zur Eingehung des Vertrags nicht an die Einwilligung ihres Mannes gebunden[3]). Lediglich Rechtsfähigkeit, nicht auch Handlungsfähigkeit ist die Bedingung für die Mitgliedschaft, der gesetzliche Vertreter kann für den einzelnen handeln.

Die Gelegenheitsgesellschaft beginnt, wenn nichts anderes vereinbart ist, mit dem Vertragsabschluß, auch wenn ein Gesellschafter die Leistung der versprochenen Einlage verweigert oder sie sonst noch nicht bewirkt hat[4]). Nach außen freilich tritt die „Gesellschaft" erst ins Leben, wenn „sie" ihre Geschäfte begonnen hat.

Der Sozietätsvertrag, durch den die Gelegenheitsgesellschaft gegründet wird, bedarf — wie Art. 266 A.D.H.G.B. ausdrücklich hervorhebt — „einer schriftlichen Abfassung nicht und ist sonstigen Förmlichkeiten nicht unterworfen"[5]).

So ganz selbstverständlich, wie ein Mitglied der Nürnberger Beratungskommission meinte (Prot. S. 395), ist diese Bestimmung nicht. Das Eingehen der Gelegenheitsgesellschaft ist an sich noch kein Handelsgeschäft, sondern wird es erst, wenn einer der Kontrahenten Kaufmann ist[6]). Die Anwendbarkeit des Art. 317 A.D.H.G.B., der zum Abschluß von Handelsgeschäften Formlosigkeit gestattet, ist also nicht von vornherein gegeben. Auch kann man aus Art. 81 A.D.H.G.B. die Formfreiheit nicht her-

[1]) R.O.H.G. VII 273.
[2]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 212.
[3]) Busch Archiv f. Theorie u. Praxis XXV 377.
[4]) Urteil des O.A.G. zu Dresden vom 23. August 1861 (Zeitschr. f. d. ges. H.R. VII 463). — Wolff in Busch Archiv f. Theorie und Praxis des A.D.H.R. XVIII 260.
[5]) Die Motive (S. 99) erklären hiezu, daß „wegen des Vorhandenseins eines für sich bestehenden Gesellschaftsvermögens mit eigenen Rechten und Pflichten die eigentliche Handelsgesellschaft für eine selbständige Person erachtet werden muß, und es im Interesse Dritter notwendig erscheint, ihre Errichtung an bestimmte äußerlich erkennbare Formalitäten zu knüpfen. Dagegen ist es bei bloßen Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für das Publikum ohne Bedeutung, ob das fragliche Geschäft für alleinige Rechnung dessen, der es eingeht, oder für Rechnung mehrerer Teilnehmer geschlossen werde".
[6]) Art. 273 A.D.H.G.B. — R.O.H.G. X 262.

leiten, da die anologe Anwendung der für die Handelsgesellschaften geltenden Vorschriften auf die Gelegenheitsgesellschaft nicht angeht. Ist aber einmal zum Abschluß des Gelegenheitsgesellschaftsvertrags die Einhaltung von Förmlichkeiten nicht gefordert, so ist sie auch für keine anderweitige Vereinbarung geboten, welche sich auf die Gründung bezieht, und welche der Abschluß des Gesellschaftsvertrags mit sich zu bringen pflegt[1]).

Demnach genügt zur Errichtung einer Gelegenheitsgesellschaft mündliche Abrede — ein gültiger Gelegenheitsgesellschafts-Vertragsabschluß ist es z. B., wenn zwei Kaufleute Waren besichtigen und hiebei übereinkommen, daß, wenn einer die Waren kaufe, der Kauf für gemeinschaftliche Rechnung geschehen solle[2]) — oder stillschweigende Übereinkunft durch konkludente Handlung, z. B. die bloße Betätigung des Willens, an der Gesellschaft teilzunehmen. Mit den römischen Rechtsprinzipien sind diese Grundsätze der Formlosigkeit — soweit sie eben nicht modern-handelsrechtliche Momente enthalten — vollkommen identisch. Die Digesten erklären deutlich: societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est[3]).

Die Mitglieder der Nürnberger Beratungskommission hatten lange über die Zweckmäßigkeit der Formfreiheit verschiedene Meinungen. Es erschien inkonsequent, bei Errichtung eines so wichtigen Vertrages wie des Gelegenheitsgesellschaftsvertrages die Schriftlichkeit fallen zu lassen, wo sie zum Abschluß der unbedeutendsten Verträge vorgeschrieben wäre. Und man schlug vor, die Regelung der Form des Vertragsabschlusses den Landesgesetzen zu überlassen. Anderseits hielt man die Einführung der Schriftlichkeit für unrichtig, da sie endgültig für die Errichtung aller Sozietätsverträge beseitigt sei, umsomehr als die Wirkungen der Nichteinhaltung der Schriftlichkeit in den einzelnen Landesgesetzen sehr weit auseinandergingen. Und es erschien, um einer Rechtsungleichheit und -unsicherheit vorzubeugen, eine einheitliche, gemeinsame Bestimmung geboten, so daß denn auch, nachdem einmal der Entwurf auf dem Prinzip der Formlosigkeit basierte, an den ursprünglich beantragten Sätzen festgehalten wurde (Prot. 1180—1181).

§ 5. Gegenstand.

Gegenstand des Unternehmens auf gemeinschaftliche Rechnung ist nach Art. 266 A.D.H.G.B immer wenigstens ein Handelsgeschäft. Nie ist also eine Gelegenheitsgesellschaft im Sinne dieses Artikels einerseits eine Verbindung zu einem dauernden Gewerbetrieb[4]), auch wenn sie mangels der Firma oder der

[1]) Puchelt, H.G.B. Art. 317, Anm. 4.
[2]) R.O.H.G. V 77.
[3]) l 4 pr. D. pro socio (17,2). — Auch nach dem pr. Ldr. wurden solche Sozietäten formlos eingegangen (§ 614, 615 II 8 pr. Ldr.). — Ebenso die meisten Partikulargesetze. Vgl. Österreich. B.G.B. § 1179. — Code de comm. Art. 49, 50. — Span. H.G.B. Art. 355. — Portugiesisches H.G.B. Art. 573.
[4]) R.O.H.G. II 423; V 387, 390; X 261; XVII 397. — R.G. IX 108; XIV 126.

Samthaft ihrer Mitglieder keine offene Handelsgesellschaft wäre (s. o. S. 19); keine Gelegenheitsgesellschaft ist aber andererseits auch eine Vereinigung zum Abschluß eines Nichthandelsgeschäftes für gemeinschaftliche Rechnung[1]). Demnach können nicht Gegenstand einer Gelegenheitsgesellschaft sein Geschäfte, die weder absolute Handelsgeschäfte sind, noch die Voraussetzungen der Art. 272—274 A. D. H. G. B. erfüllen, oder vom Gesetz als Nichthandelsgeschäfte besonders hervorgehoben sind. Dahin zählen vor allem die Verträge über unbewegliche Sachen (Art. 275 A. D. H. G. B.)[2]), wie An- und Verkauf eines Grundstückes zum Zwecke der Weiterveräußerung[3]) oder Pachtung eines solchen[4]).

Eine Frage, die allerdings nur mittelbar hierher gehört, stellt sich hier von selber, ob die Vermittelung von Immobiliarverträgen ein Handelsgeschäft ist und daher Gegenstand einer Gelegenheitsgesellschaft sein kann[5]). Mit überwiegender Mehrheit hält man eine Gelegenheitsgesellschaft zur Vermittelung eines Vertrags über eine unbewegliche Sache für möglich, wenn nur der vermittelnde Gesellschafter Kaufmann ist. Zur gegenteiligen Ansicht hat folgende Erwägung geführt. Nach Art. 272[4] ist lediglich die Vermittelung von Handelsgeschäften ein Handelsgeschäft, die Vermittelung von Nichthandelsgeschäften also selbst dann kein Handelsgeschäft, wenn der Vermittler Kaufmannseigenschaft besitzt. Nun sind aber die Verträge über unbewegliche Sachen Nichthandelsgeschäfte (Art. 275 A. D. H. G. B.), also auch ihre Vermittelung. Indessen bezieht sich Art. 275 ausschließlich auf solche Verträge[6]), deren Objekt die unbewegliche Sache selbst ist. Bei Vermittelung von Immobiliarverträgen ist aber nicht das Grundstück Objekt, sondern die Dienstleistung des Vermittlers und seine Provision[7]). Sind also zwar die Verträge über unbewegliche Sachen Nichthandelsgeschäfte, so sind es doch nicht auch die Verträge über die Vermittelung derselben, und eine solche Vermittelung kann sehr wohl durch die Kaufmannseigenschaft des Teilnehmers zu einem kaufmännischen Nebengeschäft im Sinne des Art. 272[4] A. D. H. G. B. werden.

---

[1]) Werden aber bei Ausführung der beabsichtigten Handelsgeschäfte innerlich mit ihnen verbundene Nichthandelsgeschäfte abgeschlossen, so gilt die Vereinigung auch bezüglich dieser als Gelegenheitsges., denn sie kann nur einen juristischen Charakter haben. Nur wenn die verschiedenen Geschäfte getrennt von einander und ohne Zusammenhang abgeschlossen werden, bestehen zwei verschiedene Gesellschaften. Puchelt, Kommentar 4. Auflage, Anm. 4 zu Art. 85.

[2]) Auch wenn sie im Betrieb eines Handelsgewerbes geschlossen wurden. R.O.H.G. XII 52 und XIV 50. — Vgl. dagegen R.G. XXIX 12. — Außerdem s. R.G. VI 4, XIV 233.

[3]) R.O.H.G. XII 52. — [4]) R.O.H.G. XXIII 133.

[5]) Verneinend: Entsch. des preuß. Obertribunals in Striethorst, Archiv für Rechtsfälle des Kgl. Obertribunals Bd. 89, S. 215. — Puchelt, Kommentar 4. Aufl. 1893, Anm. 12 zu Art. 266. — Bejahend: R.G. I 258. — R.O.H.G. X 428, XVI 1, XXIII 131.

[6]) Motive z. preuß. Entw. S. 103.

[7]) R.G. I 258.

Es wurde schon angedeutet, daß das von der Gelegenheitsgesellschaft bezweckte Handelsgeschäft nicht stets ein absolutes zu sein braucht[1]). Ist ein solches Gegenstand der Gelegenheitsgesellschaft, so spielt die Kaufmannseigenschaft der Teilnehmer natürlich keine Rolle[2]). Nichtkaufleute können zur Anschaffung bestimmter Waren zum Zwecke der Weiterveräußerung eine Gelegenheitsgesellschaft eingehen, wenn nur ihre Absicht der Weiterveräußerung zur Zeit der Anschaffung schon erkennbar vorhanden war, und sie nicht bloß etwa eine gemeinschaftliche Benutzung der angeschafften Waren bezweckten. Ist aber wenigstens der geschäftsabschließende Gesellschafter Kaufmann[3]) — auf Seite des dritten Kontrahenten braucht das Geschäft kein Handelsgeschäft zu sein (vergl. Art. 277 A. D. H. G. B.)[4]) — so kann die Gelegenheitsgesellschaft auch zu einem relativen oder Hilfshandelsgeschäft errichtet werden, d. h. es genügt, wenn das Geschäft nur bei gewerbemäßigem Betrieb ein Handelsgeschäft ist, oder wenn es vom Kaufmann im Betrieb seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes abgeschlossen wird (Art. 272 A.D.H.G.B.), oder nur deswegen als Handelsgeschäft gilt, weil die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge im Zweifel als zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörig gelten und daher selber Handelsgeschäfte sind (Art. 273, 274 A.D.H.G.B.)[5]). Jedoch kann keine Gelegenheitsgesellschaft entstehen, wenn das beabsichtigte Geschäft nur für den nicht mit seiner Ausführung betrauten Gesellschafter ein Handelsgeschäft ist, z. B.[6]) ein Gutsbesitzer und ein Frachtführer sich zu einem Frachtunternehmen verbinden, bei dem der Gutsbesitzer allein die Geschäfte führen soll. Ebenso rechtfertigt im einzelnen Fall die Kaufmannseigenschaft des dritten Kontrahenten allein noch nicht die Annahme einer Gelegenheitsgesellschaft, z. B. bei einer Vereinigung von Nichtkaufleuten zum gemeinschaftlichen Verkauf von Fleisch an Metzger[7]).

Handelsgeschäft muß aber nur das beabsichtigte Hauptgeschäft sein. Die übrigen nur zu dessen Ausführung bezweckten Geschäfte bedürfen dieser Eigenschaft nicht[8]). Vereinigen sich

[1]) Dagegen verlangt Wolff (in Busch Archiv XVIII 257 not. 1) stets ein objektives Handelsgeschäft.

[2]) Das italienische H.G.B. hebt dies sogar besonders hervor (Art. 177 II).

[3]) Z. B. ein Kaufmann schafft mit einem Nichtkaufmann für gemeinschaftliche Rechnung Vorräte an zum Verbrauch in seinem Handelsgewerbe (Hauser im Zentr. Org. N. F. VIII 9 not. 4).

[4]) Staub, Kommentar, 3. Aufl. pg. 668. — Behrend, Lehrbuch des H.R. 1886, pg. 982. — A. M. Puchelt, Komm. 4. Aufl. 1893, Anm. 3 zu Art. 266. — Unentschieden in R.O.H.G. VIII 46, X 426.

[5]) R.O H G. III 142, VIII 47, XIII 313. — Hauser im Zentr. Org N. F. VIII 9.

[6]) Hauser, im Zentralorg. f. d. deutsch H.- u. Wechselrecht, N. F. VIII 9 not. 3a.

[7]) Hauser, im Zentr. Org. N. F. VIII 9 zu not. 6. — R.O.H.G. VIII 46.

[8]) Umgekehrt, wenn das zunächst beabsichtigte Hauptgeschäft kein Handelsgeschäft ist, entsteht keine Gelegenheitsgesellschaft zu dessen Abschluß, auch wenn die sonstigen damit verbundenen Geschäfte Handelsgeschäfte sind, z. B. wenn ein Konsortium von Güterzertrümmerern einzelne Handelsgeschäfte zur Aufbringung der Ankaufssumme abschließt. Hauser im Zentr. Org. N. F. VIII 9. — R.O.H.G. XIII 1.

also Nichtkaufleute zur Anschaffung bestimmter Waren zum Zweck ihrer Weiterveräußerung für gemeinschaftliche Rechnung, so braucht kein weiteres zur Erreichung dieses Zweckes unternommene Geschäft (die Anschaffung der einzelnen Stücke, deren Verkauf, Darlehensverträge etc.) Handelsgeschäft zu sein.

Auch muß das Hauptgeschäft nicht immer notwendig zum Abschluß kommen, zu dem die Gelegenheitsgesellschaft eingegangen wurde. Und wenn Kaufleute sich vereinigen, um einen Dritten zu beauftragen, für gemeinschaftliche Rechnung bestimmte Papiere anzukaufen, der Dritte den Auftrag aber nicht annimmt, so wird der Charakter dieser Assoziation als Gelegenheitsgesellschaft nicht beeinträchtigt.

Ist nun auch das beabsichtigte Geschäft der Gelegenheitsgesellschaft ein Handelsgeschäft, so ist es dasselbe doch in einem besonderen Sinn. Im Abschnitt „Handelsgewerbe“ und „Handelspersonen“ bedeutet Handelsgeschäft soviel wie Handels-Rechtsgeschäft, einen einheitlichen Rechtsakt. Hier, bei der Gelegenheitsgesellschaft kann es aber auch gleichbedeutend sein, mit „Handelsunternehmen“, — wie es z. B. das Spielen eines Loses ist[1]) — „Handelsoperation“, wie der Code de commerce sich ausdrückt, und infolgedessen sich aus einer Reihe vorher gar nicht zu berechnender einzelner — Rechts-Geschäfte zusammensetzen. Man heißt dann das ursprünglich beabsichtigte Hauptgeschäft Spekulationsgeschäft, die andern alle Ausführungsgeschäfte[2]). Vereinigen sich beispielsweise mehrere Personen zum Ankauf einer Schiffsladung zum Zwecke ihrer Weiterveräußerung, so kommen als Ausführungsgeschäfte in Betracht alle Geschäfte, durch welche die Empfangnahme, Verladung, Beförderung bewirkt wird, Verträge mit Arbeitern und Gehilfen, Honorierung von Mittelspersonen usw., ja die ursprünglich beabsichtigte Weiterveräußerung selber erscheint, wenn sie gelingt, als nichts weiter, als eine Ausführungshandlung des Hauptgeschäftes, das in der Anschaffung, einer à la hausse-Spekulation besteht.

Wenn diese Weiterveräußerung sich lange hinzieht, ein großer Vorrat aus unvorhergesehenen Gründen nur einzeln, Stück für Stück verkauft werden kann, so ist der Unterschied eines einzelnen „Handelsunternehmens“ von einem Handelsgewerbebetrieb nicht mehr zu finden[3]). Und es kommt tatsächlich nur auf die ursprüngliche Absicht der Parteien an. Noch näher liegt naturgemäß der Vergleich mit einem Handelsgewerbebetrieb, wenn die Gelegenheitsgesellschaft von vornherein zu mehreren „Handelsgeschäften“ eingegangen ist.

Die Motive zum preußischen Entwurf (S. 99) verlangen zwar[4]) daß in einem solchen Fall „die bezweckten Geschäfte als ver-

[1]) Staub, Komm. 1896, § 3 zu Art. 266. — [2]) R.O.H.G. XIII 1, X 261.
[3]) Vgl. Auerbach, das neue Handelsgesetz 1863, I S. 241 — Vgl. S. 18.
[4]) Vgl. Pardessus a. a. O. pg. 288: . . . . ils (les juges) verront, que ce n'est point telle ou telle opération isolée ou déterminée qui a été le but de la réunion, mais une série d'affaires qui n'étaient point nées ou ne pouvaient pas être prévues alors.

einzelte, zur Zeit der Vereinbarung als solche bestimmt zu bezeichnende sich darstellen". Das ist der Fall, wenn z. B. zwei Kaufleute oder Handelsgesellschaften eine Verbindung eingehen derart, daß der eine Teilnehmer für die Vereinigung bestimmte Waren liefern soll, der andere deren Versendung nach Yokohama und deren Verkauf dortselbst für gemeinschaftliche Rechnung zu besorgen hat[1]). Eine notwendige Voraussetzung ist dies indes keineswegs, und der Charakter einer Gelegenheitsgesellschaft bleibt bewahrt, wenn die betreffenden Geschäfte nur nach Art und Umfang festgestellt werden[2]), z. B. mehrere Kaufleute sich vereinigen zum An- und Verkauf von Munitionsbeute in Frankreich während des Krieges 1870/71[3]); oder: verschiedene Kaufleute vereinigen sich zur Übernahme des von der Eisenbahnkommission auf dem Wege der Submission vergebenen Materialtransportes für eine bestimmte im Bau begriffene Eisenbahnstrecke, oder zur Anschaffung von Holz bis zu einem bestimmten Betrag, um es, zu Bahnschwellen verarbeitet, weiterzuveräußern[4]); oder aber mehrere kaufen von einem Waldbesitzer dessen gesamten Waldbestand, um dann die einzelnen Bäume an das Publikum zu verkaufen[5]); oder mehrere Kapitalisten verbinden sich mit einem Bankier zu fortgesetzter Beteiligung bei bestimmten Geschäften des Bankiersgewerbebetriebes (Vermittelung von Anlehen, An- und Verkauf gewisser Papiere), sofern daraus nicht eine ausgesprochene Beteiligung beim ganzen Handelsgewerbe selber oder einem Zweige desselben wird[6]). Man sieht, die Grenzen zwischen der Ausführung einer Summe solcher „einzelner Handelsgeschäfte" und einem Gewerbebetrieb gehen ineinander über.

Über den Rahmen des Zweckes einer Gelegenheitsgesellschaft geht aber sicher beispielsweise die Vereinigung, bei welcher ein Sozius dem andern ein Patent abtritt, und der Zessionar sich verpflichtet, fünfzehn Jahre lang dasselbe in seiner Fabrik zu benützen und den resultierenden Gewinn gleichmäßig mit ihm zu teilen[7]), oder die Vereinigung zum Bau einer Pferdebahn und zu deren späterer Verwertung[8]), die Vereinigung von Spediteuren zu dauernder Versendung von Spepitionsgütern[9]), die Vereinigung lediglich zum Abschluß von Börsengeschäften[10]), d. i. zum Abschluß einer total unbegrenzten Zahl einzelner Geschäfte[11]). Indes — und damit schwindet der Gegensatz zur Beteiligung bei einem Handelsgewerbe noch mehr — ist für die Geschäfte der Gelegenheitsgesellschaft nicht einmal erfordert, daß sie auch nur nach Art und Umfang genau präzisiert sind. Es genügt, daß sie überhaupt auf irgend eine Weise gekennzeichnet sind, daß

[1]) R.O.H.G. IV 336.
[2]) Hauser im Zentr.Org. N. F. VIII 12. — Dagegen verlangt Brinkmann a. a. O. S. 257 stets nur bestimmte Geschäfte.
[3]) R.O.H.G. XIII 1. — [4]) Hauser a. a. O. not. 18. — [5]) R.O.H.G. X 261.
[6]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 201.
[7]) Staub, Komm. 1896, § 3 zu Art 266. — [8]) Staub, a. a. O. § 4 zu Art. 266.
[9]) R.G. IX 108. — [10]) R.O.H.G. XVII 398. — [11]) R.G. IX 79, 107.

„die Rechtsnatur der Geschäfte und die Ausführungsart im allgemeinen vereinbart ist“[1]). In diesem Sinn ist eine kaufmännische Vereinigung zum Abschluß von Geschäften, zu welchen die Kriegsereignisse Gelegenheit bieten möchten, für gemeinschaftliche Rechnung[2]) schlechthin eine Gelegenheitsgesellschaft des Art. 266 A. D. H. G. B.[3]) Anderer Meinung freilich ist Lastig[4]), der in diesem Fall eine wechselseitige Gewerbepartizipation annimmt, d. h. genauer „mehrere wechselseitige von den Parteien errichtete stille Gesellschaften mit illimitierter kredidierter Einlage“.

Gegenstand der Gelegenheitsgesellschaft können endlich auch die Gesellschaftsrechte und -pflichten selber sein, und man spricht dann von einer Unterbeteiligung[5]). Sie kommt dadurch zustande, daß ein Teilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft mit einem Dritten übereinkommt, daß dieser ihm zu einem bestimmten Teil seine Verpflichtungen gegenüber seinen Mitgesellschaftern abnimmt und dafür die gleichen Rechte haben soll, welche jenem auf Grund seines Gesellschaftsverhältnisses gegen seine Mitgesellschafter zustehen. Zum Wesen dieser Gesellschaft als einer Gelegenheitsgesellschaft gehört es natürlich, daß die betreffenden Geschäfte auch für sie Handelsgeschäfte sind, indem ihnen entweder objektiv diese Eigenschaft zukommt, oder indem sie wenigstens für den den neuen Vertrag schließenden Gesellschafter Handelsgeschäfte sind. Keine Gesellschaft dieser Art aber entsteht, wenn der Hauptbeteiligte seinen ganzen Gesellschaftsanteil abtritt, oder wenn er dem Unterbeteiligten laut Übereinkunft einen Teil des reellen Gewinstes übertragen soll, den er aus der Beteiligung bei der Hauptgesellschaft erzielt[6]).

§ 6. Verhältnis der Gesellschafter unter einander.

Kann auf diese Weise jedes Mitglied der Gelegenheitsgesellschaft beliebig über seinen Gesellschaftsanteil verfügen, ihn zum Gegenstand einer neuen Gelegenheitsgesellschaft machen, ihn auch schon vor der Auseinandersetzung an einen Dritten zedieren, so entspricht es dem Wesen der Vereinigung zu einem oder mehreren Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung als einer Gesellschaft, daß solche Rechtshandlungen das Verhältnis dieses Mitgliedes zu seinen Mitgesellschaftern in keiner Weise verändern. Er überträgt nur die ihm zustehenden Vermögensrechte (Recht auf Gewinnanteile, Recht am Sozietätsvermögen, Recht auf Einlagenverzinsung), seine Eigenschaft als

[1]) R.O.H.G IX 162. — [2]) R.O.H.G. XIV 88. — Renaud-Laband, a. a. O. pg. 201.

[3]) Treffend bemerkt Hauser im Zentr. Organ f. d. deutsch. H.- und Wechselrecht N. F. VIII 13, daß nur ein negatives Moment für den Begriff der „mehreren einzelnen Handelsgesch.“ entscheidend ist: „es darf nicht ein fortlaufender Geschäftsbetrieb gewollt sein, der beabsichtigte Geschäftsbetrieb darf nicht die rechtliche Eigenschaft eines Gewerbes haben.“

[4]) Endemanns Handbuch I pg. 770.

[5]) S Treitschke, die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen, Leipzig 1844, pg. 134.

[6]) Über diese einseitige Verpflichtung zur teilweisen Herausgabe eines eventuellen Gewinnes, s. R.O.H.G. X 262.

Sozius aber bleibt ihm, und trotz der Zession dauern auch seine Rechte und Pflichten gegenüber seinen Mitgesellschaftern fort (er kann Rechnungsablegung verlangen, Konsens erteilen etc.). Ja, auch mit Einwilligung sämtlicher Mitgesellschafter ist — ohne den Bestand der Gesellschaft zu ändern — eine Übertragung der Mitgliedseigenschaft an einen Dritten ausgeschlossen. Geschieht sie, so wird höchstens durch die Ausschaltung des alten und den Eintritt des neuen Mitglieds die Auflösung der alten Sozietät unter Begründung einer anderen neuen bewirkt[1]).

Die Gebundenheit des einzelnen Mitglieds der Gelegenheitsgesellschaft reicht indes nicht so weit, daß seine Gesellschaftsbeteiligung ohne weiteres ein Konkurrenzverbot nach sich zöge[2]). Jedes Mitglied, auch das geschäftsführende, kann vielmehr nebenher in seinem Gewerbe für eigene Rechnung ein gleichartiges Handelsgeschäft betreiben, soweit nicht spezielle Abmachungen entgegenstehen, oder das für gemeinschaftliche Rechnung unternommene Geschäft Schaden leidet. Dieses muß außerdem immer noch für die dritten Kontrahenten als Geschäft der Gelegenheitsgesellschaft erkennbar sein und darf nicht als im Konkurrenzunternehmen abgeschlossen erscheinen. Dem entsprechend müssen die Einlagen der Gesellschafter wirklich auch Beiträge zu dem auf gemeinschaftliche Rechnung auszuführenden Unternehmen sein und dürfen sich nicht darstellen als Vermögenseinlagen in das nebenher etwa betriebene Handelsgewerbe gegen Anteil an Gewinn und Verlust aus diesem; denn dann handelte es sich nicht mehr um eine Gelegenheitsgesellschaft, sondern um eine stille Gesellschaft, wenn nicht auch noch die Erfordernisse zu einer wirklichen Handelsgesellschaft vorliegen. Beispielsweise ist von einer Gelegenheitsgesellschaft nicht mehr zu reden, wenn jemand mit einem Mühlenbesitzer einen Vertrag dahin abschließt, daß er letzterem jedesmal eine Summe Geldes zum Ankauf von Getreide einhändigt, der Mühlenbesitzer das Mahlen und den Verkauf des Mehles zu besorgen hat, und der Reingewinn aus jedem auf diese Weise ausgeführten Geschäfte (nach Abzug einer kleinen Vergütung für das Mahlen) gleichmäßig verteilt wird[3]). Der Gewinn aus dem nebenher betriebenen Geschäfte gehört dem Inhaber des Konkurrenzunternehmens, auch wenn er Gesellschaftsgelder verwendete. Er ist nur verpflichtet, den durch solche vertragswidrige Verwendung der Gesellschaftsgelder für die Mitgesellschafter entstandenen Schaden zu ersetzen[4]).

[1]) l 19 D. qro socio (17,2): qui admittitur socius, ei tantum socius et qui admisit, et recte; cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui, quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli socius est. — Zeitschr. f. d. ges. H.R. VIII 397. — Treitschke, Gew. Ges. pg. 134. — Busch Archiv XV 121.

[2]) S. auch Berichtigung. — Treitschke, Gew. Ges. S. 78. — Busch Archiv XIII 24.

[3]) R.O.H.G, IX 162, 163.

[4]) S. auch Berichtigung. — l 67 § 1 D. pro socio (17, 2). — Ebenso Treitschke, Gew. Ges., pg. 78. — Dagegen behandelt Wolff in Busch Archiv XVIII 270 solche Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft abgeschlossen auf Grund von

Schaden hat allgemein jeder Teilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft zu ersetzen, der durch Nichterfüllung der auf dem Sozietätsvertrag beruhenden Pflichten entstanden ist. Hat er also, ohne vertragsmäßig vom Gewinn ausgeschlossen zu sein, seine Beiträge nicht geleistet, so hat er nur Schadenersatz zu leisten, und die Herausgabe seines Gewinnanteils kann ihm deswegen nicht verweigert werden. Und zwar hat jeder Gesellschafter dem andern gegenüber denjenigen Grad von Achtsamkeit und Fleiß zu bewahren, den er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[1]). Der mit der Geschäftsführung betraute Gesellschafter hat sich beim Abschluß der Geschäfte an die ausdrücklich oder stillschweigend unter den Gesellschaftern vereinbarten Grenzen zu halten. Überschreitet er seine Befugnis ohne die erforderliche Einwilligung der Genossen oder gar gegen deren Willen, so haftet er für jeden daraus entstehenden Schaden[2]). Er darf sie aber ohne weiteres überschreiten, wenn das gemeinschaftliche Interesse es erfordert[3]). Sollen beispielsweise Waren im gemeinschaftlichen Interesse zu einem bestimmten Preis verkauft werden, so kann der Gerant sie unter diesem Preis absetzen, wenn die festgesetzte Höhe nicht zu erreichen ist und voraussichtlich auch auf lange Zeit hinaus nicht zu erreichen sein wird. Jedoch kann je nach dem einzelnen Fall vom Gesellschafter auch die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verlangt werden[4]), und er hat z. B., wenn er Kaufmann ist, unbedingt für eine Vernachlässigung der Präsentation oder Protesterhebung eines im gemeinschaftlichen Eigentum der Teilnehmer stehenden Wechsels einzustehen[5]).

Die Gelegenheitsgesellschaft erfordert als Sozietät, daß ihr Zweck mit gemeinschaftlichen Mitteln erreicht werde. Ein Sozietätsvermögen, d. h. eine communis pecunia ist hiezu nicht wesentlich, kann aber gebildet werden. Auf keinen Fall jedoch entsteht dann ein vom Privatvermögen der Gesellschafter gesondertes, rechtlich selbständiges Gesellschaftsvermögen, ähnlich

---

l 52 § 5 D. pro socio (17, 2). Ebenso im Erkennt. des O.A.G. zu Lübeck vom Jahre 1823 (Blätter für Rechtsanwendung XIII 311).

[1]) O.A.G. Wiesbaden 9. Januar 1857 (Zeitschr. f. d. Ges. H.R. VII 464 ff.). — l 9 I. de societate (3, 26). — l 72 D. pro socio (17, 2): socius socio etiam culpae nomine tenetur . . . . sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia, qui parum diligentem sibi socium acquirit. de se queri debet. — Das badische Landrecht (Code civile, art. 1850, 1859) verlangt die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns

[2]) Nach § 212 I 17 pr. Ldr. ist der besonders remunerierte Geschäftsführer der Ges. nicht bloß für culpa in concreto haftbar, sondern unterliegt den für das betr. Gesch. etwa bestehenden schärferen gesetzlichen Bestimmungen. S. Berichtigung.

[3]) O.A.G. Lübeck, 29. Juni 1858 (Zeitschr. f. d. ges. H.R. VII 466).

[4]) Art. 282 A.D.H.G B. hebt, wenn auf Seite des zur Sorgfalt Verpflichteten ein Handelgeschäft vorliegt, alle übrigen Bestimmungen über das Maß der Sorgfalt für das ganze Geltungsgebiet des H.G.B. auf.

[5]) l 134 D. de R. J. (50, 17). — O.A.G. Wiesbaden in Goldschmidts Zeitschr. VII 464.

dem Sondergut der Sozii einer Handelsgesellschaft. Wesentlich ist nur, daß überhaupt jeder Gesellschafter zur Erreichung des Gesellschaftszweckes beiträgt. Im einzelnen können die Leistungen der Teilnehmer verschiedener Art und Höhe sein, in Arbeit, Geld, oder anderen körperlichen oder unkörperlichen Sachen bestehen und quoad usum oder quoad sortem bewirkt werden[1]). Der Art nach gleiche Einlagen können hinwiederum verschieden hoch festgelegt werden und anderseits kann auch eine bestimmte Höhe vereinbart sein, über die hinaus nicht mehr geleistet zu werden braucht. Sonst aber muß der Endzweck der Leistung der Beiträge außerhalb dieser liegen und darf nicht etwa ausschließlich in der Herstellung einer Vermögensgemeinschaft bestehen.

Ist über die Einlagenhöhe keinerlei Vereinbarung getroffen, so gilt Art. 267 A. D. H. G. B., und „alle Teilnehmer sind in gleichem Verhältnis zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet."[2]). Daß bei der Gelegenheitsgesellschaft im Gegensatz zu den Handelsgesellschaften, wo die Höhe der einzelnen Einlagen stets festgesetzt ist, entsprechende Abmachungen entbehrlich sind, erklärt sich daraus, daß durch die Bestimmtheit des geplanten Unternehmens auch schon die Grenzen der Verpflichtung gegeben sind. Diese richten sich eben nach dem jeweiligen Bedarf, welchen die Ausführung des beabsichtigten einzelnen Unternehmens mit sich bringt.

Haben also die Gesellschafter die Pflicht, zur Ausführung des gesellschaftlichen Unternehmens beizutragen, so obliegt ihnen auch — im Zweifel gleichmäßig — die gemeinschaftliche Deckung der enstandenen Kosten (Art. 267 A. D. H. G. B.) In gleicher Weise sind auch im Bedürfnisfalle — wenn die Summe der gemachten Einlagen nicht ausreicht — Nachschußleistungen unter den Gesellschaftern nach Köpfen zu repartieren. Ist dagegen von vornherein die Höhe der einzelnen Einlagen festgesetzt, so werden im Zweifel auch die Nachschußleistungen in diesem Verhältnis verteilt[3]). Zu einer Erhöhung oder Ergänzung der durch Verluste verminderten Einlage aber sind die Gesellschafter nicht verpflichtet. Keine Nachschußpflicht besteht natürlich, wenn sie von vornherein nach der Absicht der Parteien ausgeschlossen sein soll, keine Geldnachschußpflicht besteht außerdem für den Gesellschafter, der als Beitrag nur Arbeitsleistungen zu verrichten hat.

Für dolus und diligentia quam in suis hat der Teilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft auch einzustehen, im Falle ihm die Leistung seiner Einlage unmöglich wird. Die Frage nach

[1]) § 2 J. de societate (3, 26): nam et ita coire posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. — Außerdem l 52 § 2, § 7, l 80 D. pro socio (17, 2). — c 1 C. pro socio (4, 37).

[2]) Vgl. l 29 D pro socio (17, 2). — §§ 189 ff. l 17 pr. Ldr.

[3]) Keyßner, A D.H G.B. 1878, zu Art. 267. — Puchelt, Komm. 4. Aufl. Anm. 3 zu Art. 267.

der Haftung für zufälliges Unmöglichwerden einer Leistung ist — nach römischem (gemeinem) Recht — nur eine Frage nach der Tragung der Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache. Die Gefahr des Untergangs aber trägt, wenn der Zufall eine Sache der Gesellschaft trifft, oder die Sache eine fungible war, und sich aus den Umständen des Falls ergibt, daß ihre Verwendung für die Gesellschaft gewollt war und der betreffende Gesellschafter nätürlich die ihm obliegende Sorgfalt nicht außer Acht ließ, die Sozietät, z. B. wenn einem Gesellschafter, der im Interesse der Gesellschaft eine Geschäftsreise unternimmt, von dem zum Abschluß der Gesellschaftsgeschäfte mitgenommenen Gelde ein Teil gestohlen wird. Trifft der Zufall aber Sachen, welche ein Gesellschafter zwar versprochen aber noch nicht, oder nur quoad usum geleistet hat, so trägt der betreffende Gesellschafter den Zufall[1]). Gemeinschaftlich aber ist hinwiederum der Verlust von Sachen, welche nicht Sachen der „Gesellschaft" sind, zu tragen, wenn die Sozietät die ausschließliche Veranlassung zu deren Untergang war[2]). Von anderer Seite wird — eine Verwechslung mit der Frage nach der Haftung für angerichteten Schaden — in der Frage, wer für den zufälligen Untergang der Einlage einzustehen hat, unterschieden, ob zwischen dem entstandenen Schaden und dem Interesse der Sozietät ein Kausalnexus besteht — dann trifft der Schaden die Sozietät — oder nicht — dann trifft der Schaden den betreffenden Eigentümer, also entweder einen einzelnen Teilnehmer oder die Sozietät, d. h. die Gesamtheit der Teilnehmer. Auf keinen Fall aber können die Grundsätze über die Gefahrtragung beim Kauf für die Gesellschaft völlig rein zur Anwendung kommen, sofern zwischen „Austausch- und Gemeinschaftsobligation"[3]) überhaupt ein Unterschied besteht[4]).

Ist die Fortdauer der Gesellschaft vom Vorhandensein der untergegangenen Sache abhängig, so löst sich die Gesellschaft auf (non manet societas), ist sie von der Existenz der betreffenden Sache unabhängig, so besteht die Gesellschaft weiter, und der befreite Gesellschafter behält nach wie vor seine Gewinnansprüche und kann von den übrigen Gesellschaftern die Leistung ihrer Beiträge verlangen[5]). Zögert ein Genosse mit der versprochenen Beitragsleistung, so muß er Schadensersatz leisten. Bei[6]) Geldeinlagen haben die Mitgesellschafter nach preußischem Landrecht die Wahl zwischen Schadenersatz und gesetzmäßigen Verzugszinsen.

Bezüglich der Frage, ob die geleisteten Einlagen mangels anderweitiger Verabredung ins Miteigentum der Teilnehmer

[1]) Baron, Pandekten 1893, S. 425.
[2]) Gesterding, alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten, Greifswald 1818, pg. 297.
[3]) Baron, Pandekten, S. 486.
[4]) S. hierüber Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, 1853, Bd. I pg. 406 ff. — Wächter im Archiv für zivilist. Praxis XV 207. — Dazu Wolff in Busch Archiv XVIII 265 not. 26. — S. Berichtigung.
[5]) Baron, Pandekt 1893, pg. 488. — [6]) §§ 203, 204 I 17 pr. Ldr.

übergehen oder nicht, gibt es verschiedene Ansichten. Man präsumiert eine societas quoad sortem[1]), eine societas quoad usum[2]), behandelt die Frage als quaestio facti[3]), unterscheidet, ob die Dienste des einen Gesellschafters der Kapitaleinlage des andern gleichwertig sind oder nicht[4]) und nimmt endlich für eingebrachte inkonsumptible Sache eine societas quoad usum an, für eingebrachte konsumptible eine societas quoad sortem[5]) Diese letztere Auffassung entspricht den modernen Grundsätzen der Verkehrsauffassung am ehesten[6]) und hat auch die meisten inneren Gründe für sich. Unverbrauchbare und unvertretbare Sachen können eben von Dritten unbeschadet des fremden Eigentumsrechtes gebraucht werden, vertretbare oder verbrauchbare Sachen dagegen nicht anders als mit Vernichtung des bisher daran bestandenen Eigentums[7]).

Haben die Gesellschafter wirklich gemeinschaftliches Eigentum, — z. B. durch Ankauf erworben — so hat jeder von ihnen die actio communi dividundo, welcher aber bis zur Auflösung der Vereinigung — auf Grund besonderer Vereinbarung gegeben, oder aus dem Gesellschaftszweck sich ergebend, die exceptio ne dividatur entgegensteht[8]). Die Auseinandersetzung bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens kann auch während der Liquidation erfolgen. Jeder Gesellschafter hat dann Anspruch auf Verteilung der für die Liquidation selbst nicht erforderlichen baren Mittel — analog[9]) der Bestimmung des Art. 141 A.D.H.G.B, der eine vorläufige Verteilung der während der Liquidation entbehrlichen Gelder unter die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft befiehlt — ebenso auf den ihm zukommenden Anteil an Waren und Wertpapieren, soweit überhaupt von reellen Teilen die Rede sein kann, und eine Teilung ohne Verminderung des Wertes des ganzen möglich ist[10]). Des weiteren geschieht die Auseinandersetzung in der Weise, daß, wenn nichts anderes vereinbart ist, die quoad usum eingebrachten Sachen (nach der

[1]) Guyet, Abhandlungen aus dem Gebiete des Zivilrechts, Heidelberg 1829, pg. 232 ff. — Koch, das Recht der Forderungen, Berlin 1859, III pg. 623.

[2]) Gesterding, a. a. O. pg. 291 ff. — Treitschke, Gewerbeges. pg. 87

[3]) Wolff in Busch Archiv XVIII 264 und die dort Zitierten. — Unterholner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverh. 1840, II pg. 386.

[4]) Bei Gleichwertigkeit Miteigentum, sonst ausschließlich. Eigentum des Einbringers. — Die bei Glück, Erläuterungen der Pandekten XV 398 Anm. Zitierten.

[5]) Vangerow, Pandekten 7. Aufl. 1876, III pg. 472 ff. — Dernburg, Pand., 3. Aufl. II pg. 345.

[6]) Vgl. ihre Anwendung in §§ 198—202 I 17 pr. Ldr. — § 646 Entw. eines B.G.B. — § 1366 B.G.B. für d. Kgr. Sachsen. — Art 1851 Code civ. — Art. 537 Entw. eines B.G.B. für d. Kgr. Bayern.

[7]) Vgl. im übrigen Glück, Erläuter. d. Pand. XV 397 ff. — v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts 1858, III pg. 847 ff. — Rösler in Goldschmidts Zeitschrift IV 259—261. — Windscheid, Pand. 7. Aufl. 1891, II § 405 not. 13.

[8]) l 1, 12 pr. D. comm. div. (10, 3). — l 43 D. pro socio (17, 2). — R.O.G.H. XIV 236.

[9]) Puchelt, Komm. 4. Aufl., Anm. 1 zu Art. 267. — R.O.H.G. XXIII 94.

[10]) R.O.H.G. X 236.

Vangerowschen Theorie) an die Eigentümer zurückerstattet, aus der übrig bleibenden quoad sortem eingebrachten Masse die Einlagen zurückgegeben werden. Der Rest wird nach Köpfen verteilt. Konsequenterweise sollte allerdings die quoad sortem-Masse sofort zur Verteilung gebracht werden und nicht in erster Linie zur Restituierung der Einlagen dienen. Hat das Unternehmen negativ abgeschlossen, so werden die Einlagen verhältnismäßig gekürzt zurückerstattet.

Rein rechnerisch erscheinen diese Zahlungen und Lieferungen als habet und debet in dem Konto, das der geschäftsführende Gesellschafter über den Anteil jedes Teilnehmers führt. Schließen diese Konti[1]) mit einem Aktiv- oder Passivsaldo ab, d. h. mit der Feststellung und Anerkennung von Geldforderungen resp. Geldschulden, so erlangen diese durch die gegenseitige Anerkennung zu dem materiellen Schuldgrund der Sozietät noch eine besondere selbständige causa. Und sie können unter den ehemaligen Gesellschaftern von der Gelegenheitsgesellschaft unabhängigen Rechtsverhältnissen zugrunde gelegt werden, wie z. B. einem Kontokorrentverhältnis, einer gedeckten oder ungedeckten Kreditgewährung etc.[2])

Die Gelegenheitsgesellschaft bezweckt als Erwerbsgesellschaft gemeinsamen Gewinn für ihre Teilnehmer. Indem diese aber auch den Verlust gemeinschaftlich tragen sollen, spricht das Gesetz von „Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung". Dieser Ausdruck ist ungenau. Er trifft nicht alle Formen der Gelegenheitsgesellschaft und ist auch nicht in dem eigentlichen strengen Sinne zu verstehen, daß es notwendig wäre, daß der kontrahierende Gesellschafter wie ein Kommissionär die Geschäfte zugleich für sich und für Rechnung seiner Mitgesellschafter abschließt. Es genügt vielmehr für die Gelegenheitsgesellschaft das Kontrahieren im gemeinschaftlichen Interesse[3]) so, daß jedem Gesellschafter überhaupt Gewinn und Verlust aus dem betreffenden Geschäfte zukommt. Diesem Erfordernis ist Genüge geschehen, wenn der das Geschäft abschließende Gesellschafter den erzielten Gewinn unter seine Mitgesellschafter verhältnismäßig ausbezahlt und ebenso auch die Tragung des erlittenen Verlustes auf sie verteilt[4]). Im andern Fall, wenn das Geschäft wirklich ein Kommissionsgeschäft wäre, gälten nach Art. 368[2] A. D. H. G. B. die Forderungen des Geranten aus diesem Geschäft ohne weiteres als Forderungen der Mitgesellschafter, auch wenn sie noch nicht abgetreten wären (s. u. S. 42).

[1]) Vgl. Art. 236 des Italien. Kodex. vom 1. Jan. 1883, wonach die „participanti" der associazione in partecipazione ein Eigentumsrecht an den in die Vereinigung gefallenen Sachen nur haben, wenn sie dieselben in natura unter Vorbehalt ihrer Rückgabe einbrachten, sonst aber nur berechtigt sind, ein conto über die eingeworfenen Sachen und über Gewinn und Verlust zu haben.

[2]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 245.

[3]) aber R. G. VI 70.

[4]) Renand-Laband, a. a. O. pg. 192.

Das Verhältnis zu bestimmen, in welchem die einzelnen Gesellschafter an Gewinn und Verlust beteiligt sein sollen, ist Sache der Gesellschafter selbst. Haben sie aber keine entsprechende Vereinbarung getroffen, so gilt Art. 268 A. D. H. G. B., wonach „die Einlagen verzinst werden, der Gewinn oder Verlust aber nach Köpfen verteilt wird". Diese Bestimmung des Art. 268 A. D. H. G. B. entspricht im allgemeinen dem gemeinen Recht (s. u. S. 39)[1], das preußische Landrecht aber setzt Gewinn- und Verlustanteile nach Verhältnis der Beiträge fest, wenn nicht alle Gesellschafter nur Arbeit geleistet haben[2].

Auch der preußische Entwurf (Art. 208) schrieb eine Gewinn- und Verlustverteilung nach dem Verhältnis der Einlagensumme vor und begründete diese Regelung[3] damit, daß anders als bei der offenen Handelsgesellschaft, wo mit der Individualität der Gesellschaft zu rechnen sei, bei der Gelegenheitsgesellschaft mehr der eingelegte Betrag in den Vordergrund trete. Auch in der ersten Lesung (Art. 230) hielt man diesen Verteilungsmodus für den zweckentsprechenden und, nachdem die Leistung des einzelnen Teilnehmers doch zumeist in einer Geldeinlage bestehe, für den natürlichsten. Art. 210 pr. Entw. gewähre dem nur Arbeit einschließenden Teilnehmer Anspruch auf Vergütung (Protokoll S. 396, 397). Indes sah man anderseits keine rechte Konsequenz darin, daß ein Teilnehmer, welcher das ganze Betriebskapital allein eingebracht habe, den ganzen Gewinn erhalten und den ganzen Verlust tragen solle, während der andere, der den Abschluß des Geschäftes besorgt hat, weder an Verlust noch an Gewinn beteiligt sei, sondern nur eine Vergütung beanspruchen dürfe. Die für die offene Handelsgesellschaft gebräuchliche Gewinnverteilung (Art. 106, 109 A. D. H. G. B.) wurde denn auch mit großer Mehrheit angenommen und ging vom Entwurf zweiter Lesung (Art. 251) in das A. D. H. G. B. über (Art. 268).

Eine Abweichung von der Regelung dieser Materie für die offene Handelsgesellschaft liegt nur darin, daß dort gemäß Art. 106 A. D. H. G. B. die Verzinsung zu 4 % erfolgt, während bei der Gelegenheitsgesellschaft gemäß der allgemeinen Vorschrift des Art. 287 Abs. 2 A. D. H. G. B. — das bürgerliche Recht kommt in dieser Frage nicht in Betracht[4] — die Verzinsung zu 6 % stattzufinden hat. Der Grund zu dieser Verschiedenheit beruht wohl auch auf der Verschiedenheit im Wesen beider Gesellschaften. Bei der offenen Handelsgesellschaft unterliegt die Verwendung der Einlage der Mitbestimmung sämtlicher Gesell-

[1] § 1 I. de societate (3, 26). Seuffert Archiv VII 175.
[2] §§ 251, 252 I 17 pr. Ldr.
[3] Motive S. 99 a. E., S. 100.
[4] Die handelsrechtlichen Bestimmungen über allgemeine Handelssachen kommen für die Gelegenheitsgesellschaft in Betracht, weil das Gesellschaftsverhältnis Handelssache ist. Es wird zu den Handelssachen gerechnet in: Pr. Einf. Ges. Art 2 Ziff. 2. — Bayerisch. E. G. Art. 63 Ziff. 5. — Württemb. E. G. Art. 3 Ziff. 2. — Mecklenb.-Schwerin und -Strelitz E. V. § 4 Ziff. 2. — Vgl. auch Ges. v. 12. Juni 1869 betr. d. Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen § 13 Ziff. 3 a.

schafter, ein regelrechter und ausgibiger Fruchtgenuß der eingebrachten Kapitalien ist also stets mitbedingt. Bei der Gelegenheitsgesellschaft dagegen ist die Verwendung objektiv durch das zu unternehmende Geschäft bestimmt, und es hängt lediglich vom Willen des einzelnen Einlegers ab, ob er zu diesem Geschäft sein Geld verwendet. Tut er es, so soll er auch den regelmäßigen Ertrag eines Kapitals bei nutzbarer Anlage erhalten, und dieser beträgt in Handelssachen 6 %.

Ist der Anspruch auf Verzinsung gegeben, wenn über Gewinn- und Verlustanteil nichts vereinbart ist, also gesetzliche Kopfteilung eintritt, so ist er jedenfalls auch da begründet, wo laut Vereinbarung Gewinnverteilung nach Köpfen stattfinden soll. Nicht aber ist er begründet, wenn über Gewinnverteilung allein oder bloß über die Verlustverteilung Abmachungen getroffen wurden.

Nur die Geldeinlagen werden verzinst[1]) resp. diejenige Summe, auf welche eine anderweitige Sacheinlage nach Vereinbarung geschätzt wurde. Hat ein Gesellschafter seine Geldeinlage noch nicht ganz eingezahlt, so wird auch nur der wirklich gezahlte Betrag verzinst (Prot. 396). Eine erklärliche Ausnahme bildet der Fall, daß ein Gesellschafter seine versprochene Einlage für die Gesellschaft bereit hält, diese sie aber aus irgend welchen Gründen noch nicht beansprucht hat, und der Gesellschafter anderseits durch seine Bereitlegung für die Gesellschaft an einer anderweitigen verzinslichen Anlegung des Einlagenbetrags verhindert war[2]). Wer vorschußweise für einen anderen die Einlage zahlt, kann natürlich von diesem auch die auf diesen entfallenden Zinsen beanspruchen[3]). Sonst aber werden Vorschüsse eines Gesellschafters, was die Gewinnverteilung anbelangt, nicht wie die Einlagen oder nachträgliche Zuschüsse behandelt[4]). Unterläßt ein Teilnehmer die Zinsen zu erheben, so tritt dadurch keine Vermehrung seiner Einlage ein.

Der vorzugsweise durch Arbeit sich beteiligende Gesellschafter hat ipso jure keinen Anspruch auf eine der Verzinsung der Geldeinlagen analoge Vergütung seiner Arbeitseinlage. Er mag sich eine solche durch Vertrag sichern. An Gewinn und Verlust ist er jedoch wie jeder andere beteiligt[5]). Während nun die Geldeinlagezinsen bei Vollendung des unternommenen Geschäftes an erster Stelle berechnet werden, und nur was hernach von erworbenen Geldern noch übrig bleibt, den eigent-

[1]) Der pr. Entw. (Art. 208) erwähnte von einer Verzinsung überhaupt nichts. — Prot. 396.

[2]) „Kassazins" Prot. 396. — Puchelt, Komm. 4. Aufl. Anm. 4 zu Art. 268. — Wolff in Busch Archiv XVIII 266 not. 27.

[3]) Prot. 397. — Wolff in Busch Archiv XVIII 263.

[4]) Goldschmidt Zeitschrift II 411.

[5]) Vgl. darüber Goldschmidt, Kritik des pr. Entw., Heft 2 pg. 21—25 und Beilagenheft zu Bd. III der Zeitschr. f. d. ges. H. R. pg. 53, 54. — Über die Entschädigung für die Geschäftsbesorgung in Art. 278 Abs. 3 Entw. eines H.G.B. f. Württemberg (1839), Entw. eines H. G. B. f. Deutschl. (1849) Tit. III Art. 110, pr. Entw. Art. 210 s. u. S. 41.

lichen „Gewinn“ bildet, wird die Vergütung für die Arbeitseinlagen im Zweifel schon von vornherein nur in zweiter Linie, nämlich von diesem verbleibenden Reingewinn bestritten. Niemals kann — abgesehen von entgegenstehenden Verabredungen — zur Deckung der Vergütung das Einlagenkapital oder das sonstige persönliche Vermögen der Gesellschafter herangezogen werden, da durch den die Vergütung betreffenden Nebenvertrag keine persönliche Verpflichtungen der Mitgesellschafter begründet werden. Vielmehr bedeutet die Gewährung einer Vergütung nur die Einräumung einer Vorzugsstellung bei Verteilung des Gewinnes derart, daß vor der Austeilung unter die Gesellschafter erst die Vergütung noch abgezogen wird[1]). Eine Ausnahmestellung nimmt derjenige Gesellschafter ein, der von Natur aus auch als Nichtgesellschafter für seine Dienstleistung ein Recht auf Provision und Remuneration hat. Ebenso verhält es sich nach § 229 I 17 pr. Ldr. mit dem Gesellschafter, welcher Arbeiten verrichtete, die über den Umfang eines Gesellschaftsgeschäftes hinausgehen und eine besondere Wissenschaft erfordern. Beide können eine Vergütung ohne Rücksicht auf erzielten Gewinn verlangen, wenn sie nur ortsüblich ist und dem Willen der Teilnehmer nicht entgegensteht. Von ihrem eigenen Anteil am Geschäft können sie jedoch eine Provision nicht berechnen[2]). Ebenso hat kein Teilnehmer einen Anspruch auf Vergütung, wenn sie alle an der Geschäftsführung beteiligt waren[3]).

Ein positiver Gewinn ist, wie schon bemerkt, erst vorhanden, wenn alle Einlagen verzinst sind. Soweit überhaupt kein Ertrag erzielt wurde, oder derselbe zur Deckung des Zinsbetrags nicht ausreicht, spricht man von einem Verlust.

Die Vereinbarungen der Gesellschafter, welche den Anteil des einzelnen an beidem, an Gewinn und Verlust, festsetzen, können enthalten sein im Gesellschaftsvertrag selber oder in einem ergänzenden Nebenvertrag, der vor oder nach dem endgültigen Abschluß des beabsichtigten Geschäftes geschlossen werden kann. Wenn der betreffende Vertrag nur die Gewinnverteilung betrifft, die Gelegenheitsgesellschaft aber Verluste erlitten hat, oder umgekehrt, wenn nur Vereinbarungen über Verlustverteilung getroffen wurden, aber Gewinn erzielt worden ist, so ist im Zweifel nach zivilrechtlichen Grundsätzeu der einseitig vereinbarte Verteilungsmaßstab auch für den nichtvorgesehenen Fall maßgebend: Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa veluti in solo lucro vel in solo damno: in altero vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari[4]).

[1]) O.A.G. zu Dresden vom 9. Febr. 1860 in Zeitschr. f. d. ges. H.R. VII 470 (es ist hier übrigens der „Gesellschaftsvertrag über Ankauf eines Grundstücks zum Zweck einer vorteilhaften Wiederveräußerung im ganzen oder einzelnen“ als Gel. Ges. behandelt!). — § 257 I 17 pr. Ldr.

[2]) Prot. 403.

[3]) Wolff in Busch Archiv N. F. XVIII 276. — Art. 1, Art. 279 A.D.H.G.B. — Keyßner, A.D.H.G.B. 1878, Bemerkung 7 zu Art. 269.

[4]) § 3 I. de societate (3, 26). — unentschieden in R.G. VI 83.

Schwieriger ist die Entscheidung, wenn die Gesellschafter zwar zugestandenermaßen übereinkamen, daß Gewinn- und Verlustanteile ungleich sein sollten, nunmehr aber über das einzelne Verhältnis streiten. Es ist dies lediglich eine Frage nach der Beweislast. Nachdem das Gesetz ein für allemal für den Fall, daß keine entgegengesetzten Verabredungen getroffen wurden, die Gewinn- und Verlustverteilung nach Köpfen vorschreibt, genügt es für den, welcher sich auf sie beruft, daß er beweist, daß eine Gelegenheitsgesellschaft bestanden habe. Das gilt auch für den Fall, daß sich die Klage auf eine auf Vereinbarung beruhende kopfweise Teilung stützt. Selbstverständlich ist, wenn die Aus- (Ein-) zahlung eines Gewinn- (Verlust-) anteils eingeklagt wird, noch dazu zu beweisen, daß überhaupt aus dem bstreffenden Geschäft Gewinn (Verlust) gezogen (erlitten) wurde[1]). Wer eine dem gesetzlichen Fall widersprechenden modus behauptet, muß hinwiederum diesen beweisen[2]). Diese Tatsachen haben zur Aufstellung der ziemlich willkürlichen Hypothese geführt, daß man stets eine vom gesetzlichen Verteilungsmodus wenigst abweichende Verteilung vermuten könne, wenn nur die Existenz einer Gelegenheitsgesellschaft feststehe, und daß dementsprechend jedesmal derjenigen Partei die Beweislast obliege, welche sich auf einen Verteilungsmodus stützt, der vom gesetzlichen am meisten verschieden ist.

Die Vereinbarung, daß ein Gesellschafter ganz vom Gewinn ausgeschlossen sein soll, widerspricht dem Wesen jeder Gesellschaft. Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret: et hanc societatem „leoninam" solitum appellare et nos consentimus talem societatem nullam esse, at alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet[3]). Interessant ist, daß dieser Satz im pr. Entw. bezüglich der offenen Handelsgesellschaft ausdrücklich aufgestellt war (Art. 111). Er wurde dann in den Entwurf erster Lesung aufgenommen (Art. 108, Prot. S. 205), im Entwurf zweiter Lesung aber als „selbstverständlich und unnötig" gestrichen (Prot. S. 1000[4])). Ist jedoch eine societas leonina gegründet worden, so ist der ganze Gesellschaftsvertrag deswegen nicht ungültig, wie die Digesten erklären[5]), nur unterliegt er nicht den Bestimmungen über die Gesellschaft, sondern es handelt sich meist um eine versteckte Schenkung, so daß gegen die nicht ausgeschlossenen Gesell-

[1]) R. G. VI 80. — [2]) R. G. VI 81, R. G. VII 45.

[3]) l 29 § 2 D. pro socio (17, 2). — Vgl. auch § 2 I. de societate (3, 26).

[4]) Vgl. über die Frage auch Vangerow, Pandekten, 7. Aufl. 1876, III S. 469. — Windscheid, Pand. 9. Aufl. 1906, II S. 779. — §§ 245 ff. I. 17 pr. Ldr. — Dernburg, Pand. 7. Aufl. II S. 346. — Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht 1896, II pg. 379. — Code civil Art. 1833, 1855. — Österreich. B.G.B. § 1195 Satz 2, § 1196. — Sächs. B.G.B. § 1362. — R.O.G.H. XII 100. — Dagegen: Puchelt. H.G.B. Komm. 4. Aufl. Anm. 5 zu Art. 268. — Laband in Goldschmidts Zeitschr. XXX 510 Anm.

[5]) l 5 § 2 D. pro socio (17, 2): donationis causa societas recte non contrahitur. — l 32 § 24 D. de donat. inter vir. et uxor. (24, 1): quia nulla societas

schafter dem vom Gewinn ausgeschlossenen eine Schenkungsklage zusteht, nicht aber die actio pro socio[1]).

Einen oder mehrere Gesellschafter von der Tragung des Verlustes auszuschließen, ist mit den Sozietätsbegriffen wohl vereinbar. So ist es häufig der Fall, daß der Konsortialbeteiligte die nicht untergebrachten Zeichnungen und Aktien dem Gründerkonsortium zurückzugeben befugt ist, ohne sogar auch nur an den Kosten teilnehmen zu müssen. Ist auf diese Weise ein Mitglied der Gelegenheitsgesellschaft vertragsmäßig von jeglichem Verlustanteil ausgeschlossen, so ist es damit aber nicht auch ohne weiteres von der Pflicht zur Beitragsleistung befreit. Hat es aber Verluste dadurch erlitten, daß seine Sachleistungen einen höheren Betrag darstellen als der es treffende Gewinn, so kann es bei Auflösung der Gesellschaft Rückvergütung beanspruchen[2]).

Der Zeitpunkt der Gewinn- oder Verlustverteilung ist vom Gesetz auch nicht dispositiv festgesetzt. Er fällt also weder regelmäßig mit der völligen Beendigung der beabsichtigten Geschäfte zusammen, noch ist er stets schon vorher gegeben, sondern es sind — abgesehen von besonderen Vereinbarungen — die Umstände des einzelnen Falles entscheidend: ob die bezweckten Geschäfte eng oder weniger eng zusammenhängen, ob für die späteren Geschäfte zweckmäßigerweise ein größerer Fonds bereitzuhalten ist[3]), oder sonst Rücksichten auf die später abzuschließenden Geschäfte eine größere Konzentration des Kapitals erfordere. Fehlen demnach für die noch zu unternehmenden beabsichtigten Geschäfte die Geldmittel, so darf die Verteilung eines vorerst gegebenen Gewinnbetrages verweigert werden[4]). Etwas anderes ist es, wenn der zur Auszahlung des Gewinnes Verpflichtete die Gelegenheitsgesellschaft zur Ausführung eines neuen, mit dem früheren nicht zusammenhängenden Geschäftes fortsetzen und in diesem Fall den Gewinn zurückbehalten will mit der Motivierung, daß der Erfolg der neuen Sozietät erst abgewartet werden müsse[5]). Wenn sich nun aber auch aus der Beschaffenheit des einzelnen Falles kein Anhaltspunkt für den richtigen Augenblick der Auseinandersetzung ergibt, so hat das bürgerliche Recht diese Frage zu entscheiden. Und nach pr. Ldr. erfolgt die Feststellung und Verteilung des Gewinnes erst nach Beendigung der Gesellschaft (§ 231 I 17 pr.Ldr.).

Zur Geltendmachung der den Gesellschaftern gegeneinander zustehenden Rechte dient die actio pro socio. Ist sie auf Auszahlung des Gewinnes gerichtet, so geht ihr meist eine Fest-

est, quae donationis causa interponitur. — l 35 § 5 D. de mort. c. donat. (39, 6): si quis societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est, nullam societatem esse.

[1]) § 245 (246) I 17 pr. Ldr. — Dernburg, Pand. II 346. — Glück, Erl. d. Pand. XV 403 ff.

[2]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 215. — [3]) R.O.H.G. XXIII 94.

[4]) Renaud-Laband. a. a. O. pg. 219. — Staub, Komm. 3. Aufl. pg. 669.

[5]) R.O.H.G. XXIII 95.

stellungsklage voraus, welche die Beteiligungsverhältnisse fixieren soll. Von ihr ist oben schon gesprochen (s. o. S. 37). Ebenso wurde schon erwähnt (s. ebenda), daß der die Auszahlung des Gewinnes beanspruchende Kläger Vorhandensein und Höhe desselben zu beweisen hat. Bevor also auf eine bestimmte Leistung geklagt werden kann, muß wohl erst — wenn der Geschäftsführer sich zur Rechnungslegung weigert — die Klage auf Rechnungslegung erhoben werden, weil erst aus dieser sich das Resultat ergibt. Der beklagte Teilnehmer hat das beneficium competentiae: „Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt . . . . condemnari opportere; hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodam modo fraternitatis in se habeat[1]). Die Tragung des durch die Zahlungsunfähigkeit des Teilnehmers für die Gesellschaft entstandenen Schadens verteilt sich auf alle Teilnehmer[2]). Jedoch tritt dies in der Regel nur ein, wenn ein geschäftsführendes Mitglied aus Gesellschaftsgeschäften haftet und diese seine Verbindlichkeiten nicht zu erfüllen imstande ist. Sonst ist in der Regel Aufkündigung gestattet. Ist die Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs eines Mitglieds erfolgt, so findet die Auseinandersetzung (Teilung; Aufstellung, Prüfung und Anerkennung der Rechnungsbelege etc.) zwischen ihm und seinen Mitgesellschaftern außerhalb des Konkurses statt, und zwar kann jeder Teilnehmer wegen aller Sozietätsforderungen abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsanteil des Gemeinschuldners verlangen. (Art. 44 K. O.).

Im römischen Recht war die Unterscheidung der Geldeinlagen von den Arbeitsleistungen für die Gesellschaft — mit welcher die Scheidung des Geschäftsertrags in Zinsen und eigentlichen Gewinn zusammenhängt — fremd. Die Gewinn- und Verlustverteilung aber geschah wenigstens nach der herrschenden Meinung — ebenfalls nach Köpfen[3]).

§ 7. Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

Die Entscheidung darüber, wer den Abschluß der Geschäfte für die Gelegenheitsgesellschaft zu besorgen habe, richtet sich

[1]) l 63 pr D. pro socio (17,2). — Dagegen in l 16 D. de re. jud. (42,1) ist das jus comp. auf den Gesellschafter einer societas omnium bonorum beschränkt. Vgl. jedoch § 38 J. de act. (4,6): item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius eius facere potest.

[2]) l 67 pr. D. pro socio (17, 2).

[3]) l 29 D. pro socio (17, 2): si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat; si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, non valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cuiuscumque alterius rei causa. — § 1 I. de soc. (3, 26): et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. — Vgl. „aequae partes“=„Kopfteile“ in l 8 D. de rei vind. (6, 1); l 9 § 12 D. de hered. instit. (28, 5); l 7, § 2 D. de rebus dub. (34, 5). — l 23 D. ad S. C^tum^ Trebell. (36, 1). — l 5 § 2 D. de solut. (46, 3). — So Baron, Pandekten 1893, pg. 537. — Dernburg, Pand., 7. Aufl., II 345. — Vangerow, Pand., 7. Aufl. III 470. — Windscheid, Pand., 9. Aufl. 1906, II 782. — Vgl. Seuffert Archiv VII 175. — A. M.: aus Billigkeitsrücksichten halten aequas partes für verhältnismäßige Teile: Glück,

nach dem Willen der Gesellschafter. Es kann ein Mitglied allein mit der Geschäftsführung betraut sein, oder aber es kann jedem Gesellschafter die Befugnis dazu eingeräumt werden und endlich bestimmt werden, daß der einzelne die an seinem Wohnort vorzunehmenden Geschäfte, oder der eine oder der andere, je nachdem sich Gelegenheit bietet, sie ausführen soll. Der eine Gesellschafter kann im eigenen Namen oder im Namen und Auftrag sämtlicher Gesellschafter auftreten, die Teilnehmer können gemeinschaftlich selber oder durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten — einen Gesellschafter oder einen Dritten — handeln (Art. 269 A.D.H.G.B.). Fehlt es aber an jeglichem, auch nur stillschweigend kundgegebenen Willen über die Subjekte der Geschäftsführung, so hat jeder Teilnehmer gleichmäßig das Recht und die Pflicht zu handeln, da er nach Art. 267 A.D.H.G.B. auch gleichmäßig zum gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet ist. Daraus folgt auch, daß es zur Bestellung eines Gesellschafters als ausschließlichen Geschäftsführer stets einer besonderen Vereinbarung bedarf (§ 206 I 17 pr. Ldr.).

Mit Rücksicht auf seine Vertrauensstellung hat der Geschäftsführer seinen Verpflichtungen in Person nachzukommen. Er ist ohne weiteres nicht befugt, einem Dritten oder einem Mitgesellschafter die ihm selber mögliche Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten zu überlassen, widrigenfalls er für den entstandenen Schaden unbedingt haftet[1]). Er kann demnach nicht einwenden, daß er selbst nicht sorgsamer gewesen wäre als der von ihm bestellte Vertreter[2]), kann gegen die ihm obliegende Ersatzleistung nicht den Vorteil aufrechnen, um den er in einem anderen Fall die Gesellschaft durch Anwendung besonderer Sorfalt bereichert hat[3]). Das zum Zweck der Geschäftsführung Empfangene hat er, soweit es nicht verwendet wurde, herauszugeben, wie auch das aus der Geschäftsführung Erlangte und die gezogenen Vorteile. Anderseits kann er verlangen, daß ihm die Verbindlichkeiten abgenommen werden, die er in Ausführung der Geschäfte übernahm. Ebenso sind ihm die aus der Geschäftsführung erwachsenen Unkosten und erlittenen Schäden nebst Zinsen zurückzuerstatten[4]). Für den Schaden, den er durch Ausführung seines Auftrags verursachte, haften außer ihm selber auch die übrigen Teilnehmer[5]). Dies in Konsequenz des in Art. 52 Abs. 1 A.D.H.G.B. ausgesprochenen Grundsatzes. Für den außerkontraktlichen, d. h. nur bei Ausführung des Auftrags verursachten Schaden haftet er aber allein[6]). Wurde oben

Ausführl. Erl. d. Pand. XV 406 und die dort Genannten. — Treitschke, d. Lehre v. d. unbeschr. obligator. Gewerbeges. u. von Kommanditen, Lpzg. 1844, S. 110.

[1]) S. Jehrings Jahrbücher IV 38. — [2]) l 25 D. pro socio (17, 2): non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia eius periisset, quod in plerisque aliis industria eius societas auctafuisset.

[3]) l 23 § 1, l 26 D. pro socio (17, 2) . . . et ait compensandum quod non est verum . . . non compensatur compendium cum negligentia.

[4]) l 1 § 1 D. de usurios (22, 1). — l 60 pr. D. pro socio (17, 2). — Dernburg, a. a. O. II 347. — Windscheid, a. a. O. II 782. — l 67 § 2 D. pro socio (17, 2).

[5]) Staub, Komm. 1896, § 9 zu Art. 269. — [6]) S. R.G. XV 124.

(s. o. S. 31) in der Frage nach der Haftung für den zufälligen Untergang einer Sache unterschieden, ob sie gemeinschaftliches Eigentum, oder ausschließliches eines Gesellschafters bildete, so ist hier bei der Frage, wer bei Gelegenheit der Geschäftsführung seitens eines Gesellschafters für Zufall einzustehen hat, diese Unterscheidung nicht am Platz. Die Gesellschafter haben vielmehr auf jeden Fall den Schaden gemeinschaftlich zu tragen, gleichgültig, ob er ihre gemeinschaftliche Sache oder die des Geranten betrifft[1]).

Nimmt dieser Gesellschaftsgelder widerrechtlich in Besitz und verwendet er sie im eigenen Interesse, so ist er nicht verpflichtet, vom Zeitpunkt der Verwendung an Zinsen zu zahlen[2]). Außerdem gebührt ihm stets aller Ertrag aus den auf eigene Hand ausgeliehenen unbenutzt daliegenden Kapitalien, da er auch die Gefahr des etwaigen Verlustes trägt, außer natürlich, er leiht das Geld im Namen der Gesellschafter aus, oder die Gesellschaft ist nur zu dem Zweck eingegangen, ein bestimmtes Kapital auf bestimmte Zeit auf Zinsen auszugeben. Nur muß er den eingetretenen Schaden ersetzen, also auch den entgangenen Gewinn, sofern das Kapital bei anderer Benützung für die Gesellschaft Gewinn abgeworfen hätte[3]). Wenn er die abzuliefernde Summe nur nicht rechtzeitig abgibt, so haftet er nach den allgemeinen Grundsätzen über Verzug und Schadenersatz. Der Abschluß eines im Gesellschaftsvertrag nicht besonders vorgesehenen Geschäftes kann seinem, des Geschäftsführers, Ermessen überlassen, aber auch an die Einwilligung aller Teilnehmer gebunden sein. Auf jeden Fall ist er ohne weiteres zum Abschluß der Ausführungshandlungen berechtigt.

Bezüglich einer Provision oder Vergütung gilt für den geschäftsführenden Gesellschafter das gleiche, was oben über den mit Arbeit sich Beteiligenden gesagt wurde (s. o. S. 35). Der geschäftsführende Teilnehmer erhält also im Zweifel keine Provision, von dem Fall abgesehen, daß er eine solche als ortsüblich auch in der Eigenschaft eines Nichtgesellschafters verlangen könnte, und abgesehen von dem ihm zu leistenden Ersatz für seine Auslagen, deren Angemessenheit allerdings aus den gestellten Rechnungen zu ersehen sein muß (s. u. S. 49).

Der preußische Entwurf gewährte dem Geranten für seine Geschäftsbesorgung einen Anspruch auf Vergütung[4]) und motivierte denselben damit, daß er in der Natur der Sache liege und der Billigkeit entspräche, da ja der Sozius durch das Ge-

[1]) Baron, Pand., pg. 425.

[2]) Windscheid, a. a. O. pg. 782 not. 9. — Mommsen, Beiträge z. Obligationenr. 1855, III 288, 289. — S. o. S. 28.

[3]) l 67 § 1 D. pro socio (17, 2): si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communen pecuniam foeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine foeneraverit. . . . nam si suo nomine quoniam sortis periculum ad eum pervenerit, usuras ipsum retinere oportet. — Wolff in Busch Archiv XVIII 273. — Treitschke, Gew. Ges. pg. 78. — Windscheid, a. a. O. II 782 Anm. 9.

[4]) Art. 210. — Vgl. Österreich. B.G.B. § 1193.

sellschaftsverhältnis an sich nicht zur alleinigen Geschäftsführung verpflichtet sei. Auch in der Nürnberger Beratungskommission (Prot. 403) sprachen sich einige Abgeordnete aus dieser Erwägung für eine Vergütung aus. Jedoch wurde gegen sie besonders geltend gemacht, daß die geleistete Arbeit dadurch schon genügende Berücksichtigung finde, daß nach Abzug von Zinsen für geleistete Kapitalien der Gewinn nach Köpfen verteilt werde. Zudem sei eine derartige Entschädigung nur an manchen Orten üblich, an anderen wieder nicht. So einigte man sich denn dahin, die ganze Bestimmung zu streichen, da ihre Aufhebung ohnedies noch lange nicht auch die Beseitigung der Entschädigung bewirke, diese vielmehr, wo sie vorher üblich war, als Handelsgebrauch (Art. 1 A.D.H.G.B.) bestehen bleibe (Prot. S. 498).

Die Wirkungen der Geschäftsführung für die Gelegenheitsgesellschaft sind natürlich verschieden, je nachdem ein Mitglied in seinem eigenen Namen oder im Namen und Auftrag seiner Mitgesellschafter mit Dritten kontrahierte.

Völlig wirkungslos für die „Gesellschaft" ist es, wenn ein Teilnehmer im eigenen Namen mit Dritten Geschäfte abschließt (Art. 269 Abs. 1 A.D.H.G.B.). Es hängt dies mit dem Wesen der Gelegenheitsgesellschaft zusammen, die keine formelle Einheit bildet, als solche Dritten nicht gegenübertritt und nur Kollektivbedeutung hat[1]). Im Zweifel handelt der ein Geschäft abschließende Gesellschafter immer im eigenen Namen[2]). Er wird dann dem dritten Kontrahenten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet, auch wenn dieser von dem Bestehen der Gesellschaft Kenntnis hat[3]). Folge davon ist, daß ein Mitgesellschafter den Dritten nur belangen kann, wenn der Gerant ihm seine Ansprüche gegen jenen zedierte, und umgekehrt, daß der Dritte nur auf Grund der ihm vom Geranten übertragenen actio pro socio gegen die Mitgesellschafter überhaupt Ansprüche und nur diejenigen geltend machen kann, die dem Geranten gegen seine Genossen zustehen. Zur Begründung der alleinigen Berechtigung und Verpflichtung des Geranten ist es nun gleichgültig, ob dieser im eigenen Namen handelte, und der Dritte um das Vorhandensein der Gesellschaft wußte[4]), oder ob er ihm ausdrücklich erklärte, für die Gesellschaft das Geschäft abzuschließen. Die gleiche Wirkung hat es endlich auch, wenn der Gerant, ohne von den Mitgesellschaftern bevollmächtigt zu sein, in deren Namen kontrahiert. Eine Solidarhaft aller Gesellschafter wird nach Art. 269 Abs. 2 A.D.H.G.B. nur begründet, wenn der Gerant zugleich im Auftrag und Namen der übrigen auftritt. Es müßte also in den eben erwähnten Fällen, um die ausschließliche Haftung für den Geranten abzuwenden, „für" die Gesellschaft handeln,

[1]) Motive z. pr. Entw. pg. 100.
[2]) Kletke, Präjudizien, Erlangen 1857, pg. 21. — Seuffert Archiv X no. 46.
[3]) Motive pg. 100. — Der Fall müßte denn so gelagert sein, daß der Dritte nicht anders annehmen konnte, als daß das Geschäft im Namen und Auftrag der Gesellschafter geschlossen wurde.
[4]) Brinkmann, Lehrbuch der H.R. 1853—1860 pg. 259.

identisch sein mit „im Namen der Teilnehmer“ auftreten, und anderseits der geschäftsführende Gesellschafter auch ohne weiteres zum Kontrahieren im Namen seiner Mitgesellschafter befugt sein. Die Solidarhaft ist aber auch dann noch nicht begründet, wenn die Gesellschafter ein vom Geranten im eigenen Namen ohne Auftrag abgeschlossenes Geschäft nachträglich genehmigen. Sie heilen dadurch zwar dem Geranten gegenüber den Mangel an Auftrag, aber bewirken nicht, daß das Geschäft als in ihrem Namen abgeschlossen gilt[1]). Etwas anderes ist es, wenn ein Gerant ohne Auftrag in seinem und der Mitgesellschafter Namen kontrahierte. Hier erklären die Gesellschafter durch ihre nachträgliche Genehmigung das Geschäft in ihrem Auftrag und Namen abgeschlossen und begründen damit ihre Solidarhaft dem Dritten gegenüber[2]).

Denn Art. 269 Abs. 2 A.D.H.G.B. sieht diesen Fall, daß ein Teilnehmer zugleich im Auftrag und Namen der übrigen auftritt, ausdrücklich vor. Nach ihm „wird jeder Teilnehmer Dritten gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet, wenn alle gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt haben[3]).

Daß die Fassung „zugleich im Auftrag und Namen der übrigen auftreten“ ungenau ist, bemerkt Thöl mit Recht[4]). Es ist nötig, daß der Gerant seinem Kontrahenten zu erkennen gibt, zugleich im eigenen Namen und im Namen und Auftrag seiner Mitgesellschafter handeln zu wollen. Dazu ist aber nicht immer eine ausdrückliche Erklärung des Handelnden erforderlich, sondern diese kann auch aus den Umständen des Falles hervorgehen. Der Stellvertreter muß sich nur als solcher zu erkennen geben, wie das sächsische B.G.B. (§ 788) sich ausdrückt[5]). Die Vollmacht, d. h. die Befugnis, im Namen der Mitgesellschafter aufzutreten, kann dem geschäftsführenden Gesellschafter ohne besondere Form erteilt werden. (Die landesgesetzlichen Formvorschriften sind, soweit Handelssachen in Betracht kommen, durch Art. 317 A.D.H.G.B. beseitigt.) Aber anderseits ist ohne weiteres in der Vereinbarung, ein bestimmter Teilnehmer solle ein bestimmtes Geschäft abschließen, allein noch keine Vollmachtserteilung enthalten, sondern nur ein gewöhnlicher Auftrag[6]). Ob dieser vorliegt oder zugleich auch eine Vollmacht, ist

[1]) Thöl, H.R., 6. Aufl. § 203 II. — R.O.H.G. IX 283, 284.

[2]) R.O.H.G. VIII 48, XIII 3. — Puchelt findet (Kommentar, 4. Aufl. Anm. 1 und 2 zu Art. 269) einen offenen Widerspruch zwischen R.O.H.G. IX 282 u. XIII 1.

[3]) Thöl, H.R., 6. Aufl. § 203 not. 20.

[4]) Lastig in Endemanns Handbuch I pg. 767 nennt dann die Gesellschaft eine offene Gelegenheitsgesellschaft, während ihm im ersten Fall, wo der Gesellschafter im eigenen Namen abschließt, der Hinweis von Voraussetzung und Wirkung auf die stille Gesellschaft die Bezeichnung als stille Gelegenheitsgesellschaft rechtfertigt.

[5]) Vgl. A.D H.G.B. Art. 52, 58, 114, 230, 298, 787. — Laband in Goldschm. Zeitschr. X 216. -- Wendt in Endemanns Handbuch I 297. — Busch Archiv X 219. — R.O.H.G. I 56.

[6]) Wolff in Busch Archiv XVIII 262.

quaestio facti. Zu beweisen hat die Vollmachtserteilung der dritte Kontrahent, wenn er auf Grund derselben sich auf die solidarische Haftung der Mitgesellschafter beruft.

Die zweite Möglichkeit, durch die für die Gelegenheitsgesellschafter Solidarhaft begründet wird, indem sie alle gemeinschaftlich handeln, steht im Einklang mit der allgemeinen Regel des Art. 280 A.D.H.G.B.[1]), wonach Personen, die bei einem Dritten gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingehen durch ein Rechtsgeschäft, das auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, im Zweifel als Solidarschuldner haften. Wie hier die Solidarhaft nicht stets eintritt, so ist sie auch für die Teilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft ausgeschlossen, wenn diese unter sich eine andere Art der Verpflichtung vereinbarten, mit diesem ihren Willen den Dritten bekannt machten, und dieser sein Einverständnis damit erklärte, oder dasselbe doch aus den näheren Umständen zu entnehmen ist[2]).

Eine so weittragende Bedeutung wie Art. 269 A.D.H.G.B. hat indes Art. 280 A.D.H.G.B. nicht. Art 280 A.D.H.G.B. bezieht sich auf gemeinschaftliche Verbindlichkeiten nur aus Handelsgeschäften. Art. 269 A.D.H.G.B. kennt diese Einschränkung nicht. Die Teilnehmer der Gelegenheitsgesellschaft haften auch für gemeinschaftlich eingegangene Verbindlichkeiten aus den Ausführungshandlungen, die eventuell keine Handelsgeschäfte sind (s. o. S. 24), solidarisch[3]). Außerdem spricht Art. 280 A.D.H.G.B. nur von einer Solidarverpflichtung. Art. 269 A.D.H.G.B. statuiert aber auch eine solidarische Berechtigung für die Teilnehmer der Gelegenheitsgesellschaft. Einerseits also haftet jeder derselben dem Dritten gegenüber, mit welchem kontrahiert wurde, unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen, mag ihn der Dritte auf Leistung des ganzen oder nur eines Teiles in Anspruch nehmen[4]) und durch Zahlung, Novation oder Kompensation auch mit der Gegenforderung eines Mitgesellschafters[5]) seitens eines Teilnehmers. werden auch die übrigen befreit[6]) — der die ganze Schuld oder einen seinen Kopfteil übersteigenden Betrag zahlende Gesellschafter hat gegen die übrigen ein Regreßrecht[7]) —, anderseits kann jeder Teilnehmer den Dritten auf Leistung des ganzen im eigenen Namen — bei der offenen Handelsgesellschaft nur im Namen der Gesellschaft als deren Vertreter! — belangen, und dieser wird durch die Leistung an ein Mitglied sämtlichen Teilnehmern gegenüber befreit[8]). Seine Befreiung kann er nicht bloß durch die Leistung bewirken, sondern durch jede andere

[1]) Trotzdem entschied merkwürdigerweise das R. G. (IX 79), daß für Kleinhandelsgewerbegesellschaften der spezielle Art. 269 A. D. H. G. B. anwendbar sei.

[2]) Prot. 498. — Goldschmidt Zeitschr. XV 301 ff. — [3]) R.O.H.G. XIII 1.

[4]) l 3 § 1 D. de duob. reis const. (45, 2).

[5]) l 10 D. de duobus reis const. (45, 2) si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

[6]) Vgl. l 31 § 1 D. de nov. (46, 2). — Baron, die Gesamtrechtsverh. im röm. Recht 1864, pg. 225 ff.

[7]) Baron, Pand. 1893, pg. 442. — [8]) l 31 § 1 D. de nov. (46, 2).

Art der Schuldentilgung einem Mitglied der Gesellschaft gegenüber, so durch Auflösung des Vertrags, Verzicht und Aufrechnung — auch einer ihm gegen einen anderen Gesellschafter zustehenden Forderung, in welchem Falle der befriedigte Teilnehmer dem andern regreßpflichtig ist[1]). Nur muß zum Ausdruck kommen, daß die Forderung der „Gesellschaft" gelöscht werden soll[2]). Die Einrede der Teilung oder Vorausklage kann nicht vorgebracht werden[3]).

Die dritte Art der Geschäftsführung, welche eine solidarische Haftung sämtlicher Teilnehmer hervorruft, besteht darin, daß diese durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten — Gesellschafter oder Nichtgesellschafter — handeln. Auf das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern, dem Bevollmächtigen und dessen Kontrahenten kommen die Bestimmungen über Prokurist und Handelsbevollmächtigten des Art. 52 A.D.H.G.B. zur Anwendung (Art. 298 A.D.H.G.B.), insbesondere aber, bei Vollmachtsüberschreitung, die Bestimmungen des Art. 55 A.D.H.G.B.[4])

Es kann natürlich auch sein, daß nur einige der Teilnehmer die solidarische Haftung begründen, die übrigen aber nach dem Normalfall des Art. 269 Abs. 1 A.D.H.G.B. im eigenen Namen kontrahieren und alleinig verpflichtet werden. Die ganzen Haftungsgrundsätze des Art. 269 A. D. H. G. B. können auch eine Modifikation erfahren. Wenn es sich nämlich um die Rückerstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung, etwa eines indebite solutum handelt, das ein Teilnehmer in Ausführung von Gesellschaftsangelegenheiten in gutem Glauben empfangen hat, so haften die Teilnehmer der Gelegenheitsgesellschaft — nicht allein der kontrahierende Gesellschafter — dem Dritten anteilig bis zum Betrag ihrer Bereicherung[5]).

Zur Begründung der solidarischen Verpflichtung bedarf es keines weiteren Beweises seitens des Klägers, wenn alle Teilnehmer gemeinschaftlich gehandelt haben. Wenn aber nur ein Teil handelte, und es ist ein Mitgesellschafter auf das ganze belangt, so muß bewiesen werden, daß zwischen ihm und dem Genannten ein Gelegenheitsgesellschaftsverhältnis bestanden habe, und der Gerant im Namen und Auftrag der übrigen die Geschäfte führte.

Die solidarische Berechtigung und Verpflichtung, welche Art. 269 A.D.H.G.B. enthält, waren etwas ganz Neues und Seltsames. Nach römischem Recht war einmal die Berechtigung aus rechtsgültig im Namen der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften unbestritten keine solidarische, sondern stand dem einzelnen

[1]) Baron, Pand. 1893, pg. 442.

[2]) Prot. S. 498, 1182. — Nach § 450 I 5 pr. Ldr. kann in der Regel das gemeinschaftliche Recht nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden (s. auch u.). — Hauser, Zentr. Organ N. F. II 360 ff. — Busch Archiv XI 243. — R.O.H.G. VIII 49.

[3]) Art. 281. — R.G. XII 219.

[4]) S. o. S. 29. — Art. 55 regelt das Außenverhältnis und gibt dem Dritten die Wahl zwischen Belangung auf Schadenersatz oder Erfüllung.

[5]) R.O.H.G. XXIV 11 ff. — §§ 236, 237 I 17 pr. Ldr.

Gesellschafter nach Maßgabe der Gesellschaftsquoten zu. Aber auch die Haftung war keine solidarische. Allgemein wird die Haftung nach Sozietätsteilen für den Fall anerkannt, daß alle Gesellschafter gemeinschaftlich handelten[1]). Mit Unrecht wird sie dagegen allerdings bestritten, im Falle die Gesellschafter durch einen Vertreter — einen Gesellschafter selber oder einen Dritten — handelten[2]). Das preußische Landrecht kannte eine solidarische Verpflichtung (§ 424 I 5 pr. Ldr.), dagegen war ihm eine solidarische Berechtigung fremd[3]). (§ 450 das.)

Aber schon die Motive zum preußischen Entwurf (Art. 209) billigten aus Nützlichkeitsgründen die Solidarität auch der Berechtigung. Sie hielten es für schwierig, den Anteil des einzelnen Teilnehmers zu beweisen, und für verkehrshindernd, statt eines Schuldners eine Mehrzahl von solchen, jeden zu seinem Anteil, belangen zu müssen. Ebenso erwog man schließlich in der Nürnberger Kommission (Prot. 495 ff.). Als gegen die Solidarität sprechend wurde dort hervorgehoben (Prot. 397 ff.), daß sie für vorübergehende, einzelne Handelsgeschäfte zu streng sei. Wenn sie beim Handelsgewerbe berechtigt sei, so habe das seinen Grund darin, daß man das Gesellschaftsverhältnis zum Betrieb eines dauernden Gewerbes nur nach reiflicher Überlegung und nach genauer Betrachtung der Personen eingehe. Außerdem käme schon durch die ausdrückliche Betonung des Geranten, daß er für mehrere handle, zum Ausdruck, daß er keine solidarische Haftung eingehen wolle. Für die Bestimmung aber wurde angeführt, daß sie die größte Einfachheit bei der Abwickelung der Geschäfte zur Folge habe und daher alleinig den Bedürfnissen des Verkehrs entspräche. Beweis sei, daß sie in allen neueren Handelsgesetzentwürfen enthalten sei und auch in Frankreich die bestehende Praxis bilde. Die Einführung der ratenweisen Haftung aber führe zu Unklarheiten und großen Schwierigkeiten, so bezüglich der Frage, an wen die Waren gültig abgeliefert und Zahlung geleistet werden sollte; die Raten ständen nicht fest, und ihre Berücksichtigung führe zur Willkür. Ein Vorschlag ging dahin, die Solidarhaftung nicht auch dann eintreten zu lassen, wenn beim Vertragsabschluß die Berechtigungsanteile der Interessenten namhaft gemacht worden seien, oder wenigstens das Recht ausdrücklich zu wahren, daß die Bestimmung durch entgegenstehende Vereinbarungen beseitigt werden könne. Dem entgegen wurde das Recht, im Wege des

[1]) l 4 pr. D. de exercitoria act. (14, 1): si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur. — l 44 § 1 de aed. ed. (21, 1).

[2]) Die gegnerische — herrschende — Meinung stützt sich hauptsächlich auf l 4 § 1 u. 2 D. de exer. act. (14, 1). — Seuffert Archiv XX 127. — Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852, pg. 244. — Windscheid, Pand. II 788 ist jetzt auf unserem Standpunkt. Ebenso Dernburg, Pand. II 349 Anm. 6.

[3]) Es galt Mitberechtigung. Förster-Eccius, preuß. Privatr., 7. Aufl. 1896. I pg. 354.

Vertrags eine Abänderung des Artikels herbeizuführen, für selbstverständlich erachtet. Weiterhin wandte sich ein Mitglied wieder gegen die solidarische Berechtigung (Prot. 1182).

Sei sie schon für die offene Handelsgesellschaft nur eingeführt worden in der Erwägung, daß der Gesellschafter hier als Prokurist erscheine (z. B. Prot. 174), so sei sie bei einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung vollkommen ungerechtfertigt, wo der Teilnehmer auf keinen Fall Prokurist wäre. In diesem Zusammenhang seien zugleich die Beratungen über das Auftreten des Geranten erwähnt (Prot. 496 ff.): man schlug vor, einerseits ausdrücklich eine Vermutung dafür aufzustellen, daß die mehreren Handelnden oder Auftraggebenden für gemeinschaftliche Rechnung gehandelt hätten, und anderseits deutlich hervorzuheben, daß der dritte Kontrahent von der Vollmacht des Handelnden gewußt haben müsse. Indes erkannte man, daß schon aus dem Ausdruck „auftreten" hervorginge, daß auch äußerlich die Bevollmächtigung des Handelnden und dessen Absicht, für seinen Auftraggeber zu handeln, beim Vertragssabschluß zutage getreten sein müsse.

Mit der Geschäftsführung ist stets die Pflicht zur Rechnungslegung verbunden[1]). Lag also die Geschäftsführung in Händen mehrerer Teilnehmer, so hat jeder derselben Rechnung abzulegen über das von ihm abgeschlossene Geschäft. Für jeden an der Geschäftsführung beteiligten Gesellschafter besteht sie besonders. Sind doch auch die sonstigen aus der Geschäftsführung hervorgehenden Pflichten des einen Gesellschafters unabhängig von den Pflichten des anderen Gesellschafters aus den von diesem abgeschlossenen Geschäften, ist doch auch die Haftung für Versehen, für Arglist je nach der Art des vom einzelnen Gesellschafter abgeschlossenen Geschäftes verschieden von der Haftung des Mitgesellschafters, und richtet sich doch auch jedesmal der Anspruch auf Ersatz von Auslagen und Verwendungen, die Herausgabe gemeinschaftlichen Erwerbes ganz nach dem einzelnen Fall[2]).

Eine Befreiung von der Rechnungslegungspflicht ist zulässig, entbindet aber nicht auch von jeder Auskunftserteilung überhaupt[3]). Und der von der Rechnungslegung befreite Gesellschafter muß zum mindesten bei Auflösung der Gesellschaft sobald als möglich vom Ergebnis der Geschäftsführung Mitteilung machen. Außerdem ist die Befreiung nur unter der Bedingung möglich, daß der betreffende Gesellschafter die Geschäfte nach Treu und Glauben im gemeinschaftlichen Interesse ausführt. Andernfalls wäre die Vereinbarung, wonach dem Gesellschafter die Rechnungslegung erlassen wird, nichts anderes als ein pactum ne dolus praestetur und nichtig[4]).

[1]) Über Rechnungsstellung überhaupt s. Bähr in Jehrings Jahrbüchern XIII 251—297 und die Inauguraldissertation von A. Klewitz, Straßburg 1889.
[2]) Renaud-Laband a. a. O. pg. 243. — [3]) R.O.H.G. XVII 391.
[4]) R.O.H.G. XVII 209. — § 223 I 17 pr. Ldr. — Sydow in Goldschmidts Zeitschrift XIX 457. — l 23 D. de div. reg. jur. (50, 17). — l 27 § 3 D. de pactis (2, 14): illud nulla pactione effici potest ne dolus praestetur.

Die Rechnungslegung muß aber auch jedem einzelnen Gesellschafter gegenüber stattfinden[1]). Damit ist indes nicht gesagt, daß nicht eine einmalige Rechnungslegung genügte, z. B. für den Fall, daß die nötigen Schriften unter den Gesellschaftern zirkulieren. Der Umstand aber, daß die Gesellschafter bereits Kenntnis[2]) vom Resultat des Geschäftes haben, entbindet von der Verpflichtung zur Rechnungslegung keineswegs. Eine Folge davon, daß der Rechnungspflichtige jedem einzelnen Gesellschafter gegenüber Rechnung abzulegen hat, ist, daß er seinem Mitgesellschafter, der die Erfüllung der Rechnungsablage verlangt, nicht entgegnen kann, er solle zuvor oder doch gleichzeitig seinerseits Rechnung legen[3]).

Art. 270 A.D.H.G.B. spricht nur von der Rechnungslegung nach Beendigung des gemeinschaftlichen Unternehmens. Daraus folgt aber nicht, daß der geschäftsführende Gesellschafter der Aufforderung zur Rechnungsabgabe vor Auflösung der Vereinigung nicht nachzukommen braucht (Prot. 4554). Vielmehr entscheidet ausschließlich die Sachlage über den Zeitpunkt der Rechnungsablegung. Sie kann wie die ganze Auseinandersetzung geboten sein bei jedem wesentlich neuen Abschnitt in der Ausführung des beabsichtigten Unternehmens. Und der Geschäftsführer kann gezwungen sein, unbeschadet der Rechnungslegung nach völliger Beendigung der Geschäfte, von jedem erheblichen Schritt den Mitgesellschaftern sofort Mitteilung zu machen, wenn er nicht seiner Ansprüche aus dem erhaltenen Auftrag gegen dieselben verlustig gehen und den gesamten Verlust allein tragen will. Die Rechnungslegungspflicht besteht auch noch während der Liquidation bezüglich der in diesem Zeitpunkt abzuschließenden Geschäfte. In besonderen Fällen kann auch der Richter auf Antrag die Rechnungslegung anordnen[4]). Die ausdrückliche Aufstellung des Satzes „übrigens kann der Richter auf Antrag der Teilnehmer, falls dringende Gründe dazu vorliegen, die Erteilung einer Abrechnung oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen", erschien denn auch in der Nürnberger Beratungskommission unnötig (Prot. 4554). Im Gebiet des preußischen Landrechts hat die Rechnungslegung alljährlich stattzufinden, wenn die Ausführung des bezweckten Unternehmens mehrere Jahre erfordert (§ 261 I 17 pr. Ldr.), jedoch keinesfalls, wenn es sich um verschiedene kleinere Geschäfte handelt, deren Abschluß zusammen einen mehrjährigen Zeitraum in Anspruch nimmt. Hier ist auch im Gebiet des preußischen Landrechtes gemäß Art. 270 A.D.H.G.B. nach jedesmaliger Beendigung eines Geschäftes Rechnung zu legen, soweit keine anderen Vereinbarungen unter den Parteien getroffen wurden[5]).

[1]) R.O.H.G. V 203 ff. — [2]) Busch Archiv XIII 22.
[3]) H.A.G. Nürnberg v. 5. Mai 1869 (Zeitschr. f. d. ges. H.R. XXII 289).
[4]) Prot. 4554. — R.O.H.G. XXII 177 ff.
[5]) Vgl. auch Glück, Erläut. d. Pand. XV pg. 441.

Die Rechnungslegung hat den Zweck, als Kontrollmaßregel für die Richtigkeit der Gewinnberechnung einen spezialisierten Einblick in die Geschäftsführung zu gewähren. Sie muß also ein klares, deutliches Bild vom ganzen Gang der Geschäftsführung geben, damit sie dem Rechnungsherrn verständlich ist, und er aus ihr Gelegenheit und Material zur Geltendmachung seiner Rechte ziehen kann[1]). Demgemäß darf sie nicht ein bloßes Verzeichnis der Einnahmen und Ausgaben sein, sondern muß viel präziser die einzelnen Tatsachen enthalten, aus denen sich das finanzielle Resultat der Geschäftsführung ersehen läßt, und die Notwendigkeit und Nützlichkeit der Ausgaben nachweisen, wenn diese nicht klar auf der Hand liegt[2]). Es ist also mit einer einfachen Vorlage der Handelsbücher nicht abgetan, auch bei Kaufleuten nicht, wenn diese sie schlecht geführt haben, oder sich sonst Mängel ergeben[3]). Es sind vielmehr, da das Gesetz (Art. 270 A.D.H.G.B.) ausdrücklich die Mitteilung von Belegen vorschreibt, die einzelnen Tatsachen durch Quittungen, Noten, Briefe, auch Auszüge zu erhärten, damit eine vollkommene Prüfung über Angemessenheit und Zweckmäßigkeit der gemachten Verwendungen möglich ist. So weit natürlich je nach den Umständen die Vorlage von Belegen unnötig oder ungebräuchlich ist, ist sie auch nicht geboten. Und für geringfügige Ausgaben, Porti, Schreibmaterial, Trinkgelder etc. genügt die Angabe einer dem einzelnen Fall gemäßen Pauschalsumme ohne weitere Spezifizierung. Auch kann von vornherein für die gesamten Spesen oder gewisse Arten derselben eine Aversionalsumme vereinbart sein[4]). Einzelne kleinere Mängel machen an sich die ganze Rechnungslegung nicht ungültig, sondern bewirken nur, daß die betreffenden Posten nicht passieren, bis der geschäftsführende Gesellschafter auch über sie genau Rechnung abgelegt hat.

War die Geschäftsführung in Händen mehrerer Gesellschafter, so kann sich an die spezielle Rechnungslegung der einzelnen Gesellschafter eine allgemeine Schlußabrechnung und die Aufstellung eines Verteilungsplanes anschließen. Notwendig ist dies für den Fall, daß die gesamte Geschäftsführung einem einzigen Gesellschafter oder einem besonderen Syndikat übertragen war.

Will ein Gesellschafter die ganze Rechnung beanstanden, so genügt es nicht, daß er bloß allgemein Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit behauptet, sondern er muß die unrichtigen oder fehlenden Posten genau angeben. Hingegen wenn er auf Rechnungslegung klagt, muß er nicht jeden Punkt, über den er Rechenschaft verlangt, genau bezeichnen, sondern nur allgemein den Geschäftskreis in der Weise angeben, daß der Rechnungspflichtige über den Gegenstand der Rechnungslegung im klaren

[1]) R.O.H.G. V 202, XIII 40, XIV 88, XXV 345. - Bähr in Jehrings Jahrb. XIII 286.
[2]) S. auch § 220 I 17 pr. Ldr.
[3]) R.O.H.G. XIII 41, XIX 346.
[4]) Sydow in Goldschmidts Zeitschr. XIX 459.

ist. Dessen Sache ist es dann, alle von ihm geführten und in diesen Kreis fallenden Geschäfte anzugeben und nachzuweisen[1]).

Nach der Rechnungslegung hat der geschäftsführende Gesellschafter jedem Mitgesellschafter gegenüber, resp. die Gesellschafter wechselseitig gegeneinander Anspruch auf Entlastung. Ob in der unbeanstandeten Annahme der Schlußrechnung neben deren Genehmigung anch die Entlastung enthalten ist, richtet sich nach Art. 279 A.D.H.G.B., der eine Rücksichtnahme auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche gebietet in der Frage nach Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen.

§ 8. Auflösung[2]).

Entsprechend der formlosen Errichtung einer Gelegenheitsgesellschaft geht auch deren Auflösung ohne jede Förmlichkeit vor sich[3]). Sie geschieht wie bei jeder Sozietät ex nunc oder ex tunc[4]).

Bei der Auflösung ex nunc bleiben die bereits eingetretenen Rechtswirkungen bestehen, nur die Möglichkeit des Eintrittes neuer Rechtswirkungen wird aufgehoben, „nur die produktive Seite der Gesellschaft findet ihr Ende", wie im Protokoll (S. 4543) steht. Die Auflösung ex nunc, der regelmäßige Auflösungsmodus, bewirkt demnach nicht die Beseitigung der unter den Gesellschaftern begründeten gegenseitigen Ansprüche, sondern vielmehr deren Fixierung. Nur können nunmehr auf Grund des Gesellschaftsvertrags nicht mehr neue Rechtswirkungen unter ihnen eintreten.

Ex tunc löst sich die Gesellschaft auf, wenn die Teilnehmer ihr Gesellschaftsverhältnis nach rückwärts anullieren und damit alle Rechtswirkungen des Gesellschaftsvertrags aufheben, als hätten sie von Anfang an nicht bestanden.

Es genügt zur Anullierung des Gesellschaftsvertrags die einfache Willensübereinstimmung der Gesellschafter, wenn das gemeinschaftliche Unternehmen noch gar nicht begonnen hat und deshalb noch keine Rechtswirkungen eingetreten sind[5]). Wenn aber durch den Gesellschaftsvertrag bereits Rechte und Pflichten unter den Teilnehmern begründet wurden, reicht ein bloßer Beschluß der Teilnehmer zur Auflösung der Gesellschaft nicht aus; denn hier entstehen durch die Auflösung neue Obligationen auf gegenseitige Rückgabe dessen, was ein Gesellschafter aus dem Vermögen des andern erhalten hat usw.[6]). Indessen, soweit die Auflösung doch nur das Verhältnis unter den Gesellschaftern selbst betrifft, steht ihr nichts im Wege; es

---

[1]) R.O.H.G. XIV 88, XXV 179. — [2]) S. Renaud-Laband a. a. O. pg. 234 ff.
[3]) Staub, Komm. 1896, § 9 zu Art. 269.
[4]) Laband in Zeitschr. f. d. ges. H.R. XXIV 67 ff.
[5]) § 4 I. quibus modis oblig. tollitur (3, 30): eae obligationes, quae consensu contrahuntur contraria voluntate dissolvuntur.
[6]) l 58 D. pactis (2, 14).

tritt die Fiktion ein, daß ein Gesellschaftsverhältnis überhaupt niemals bestanden habe.

Über die Auflösungsgründe für die Gelegenheitsgesellschaft hat das H.G.B. nichts bestimmt. Es gelten also die Grundsätze des bürgerlichen Rechts, soweit diesen nicht Handelsgewohnheitsrecht entgegensteht (Art. 1 A.D.H.G.B.), und Modifikationen teils durch die tatsächlichen Verhältnisse im Handelsverkehr bedingt sind, teils durch Normen hervorgerufen werden, die nicht unmittelbar dem Gesellschaftsrecht angehören.

Als erster und natürlichster Auflösungsgrund kommt in Betracht die Beendigung des einzelnen oder der mehreren beabsichtigten bestimmten Geschäfte[1]). Ist die Gelegenheitsgesellschaft eingegangen zum Abschluß einer unbestimmten Zahl einzelner Geschäfte (gemeinschaftliche Übernahme von Lieferungen für die Armee, für Eisenbahnverwaltung etc.), so ist zu unterscheiden, ob durch den Gesellschaftsvertrag von vornherein alle zukünftigen Geschäfte bestimmter Art und Gattung ins Auge gefaßt sind, oder ob sich die Teilnehmer nur allgemein verpflichteten, für jeden einzelnen Fall besonders übereinzukommen, und so ein Gesellschaftsverhältnis nur immer in Bezug auf die einzelne zu übernehmende Lieferung besteht, die verschiedenen Gesellschaftsverträge also nur wirtschaftlich zusammenhängen und im übrigen selbständig und voneinander unabhängig sind. Durch den Abschluß eines einzelnen Geschäftes für gemeinschaftliche Rechnung wird in diesem letzteren Fall immer nur je das Gesellschaftsverhältnis beendet, das dieses Geschäft umfaßte. Im ersteren Fall aber ist die Gelegenheitsgesellschaft erst beendet, wenn keine Möglichkeit mehr zum Abschluß eines Geschäftes besteht, das innerhalb des ganzen Zweckes liegt.

Die Gelegenheitsgesellschaft wird fernerhin aufgelöst, wenn der ihr zugrunde liegende Zweck unmöglich wird[2]). Das ist der Fall, wenn die Erreichung des Zweckes von Natur aus oder durch Rechtsvorschriften absolut ausgeschlossen wird, aber auch schon, wenn rein ökonomische Erwägungen die weitere Realisierung des Zweckes verbieten, eine Veränderung der Konjunkturen eingetreten ist oder Kosten und Gefahren unverhältnismäßig gestiegen sind (Veränderung der Zollgesetze, technische Erfindungen, politische Ereignisse, Handelskrisen etc.)[3]). Im einzelnen Fall kann es also zweifelhaft sein, ob das beabsichtigte Unternehmen wirklich wirtschaftlich unmöglich geworden, oder die Erreichung des Zweckes bloß erschwert worden ist, und nur die Gewinnchancen sich vermindert haben. Mit der Behauptung, der Zweck sei unmöglich geworden, könnte der einzelne Teilnehmer billig seinen Austritt motivieren, um auf diese Weise vom Unternehmen überhaupt loszukommen, sich

[1]) § 6 I. de societate (3, 26). — l 63 § 10 u. l 65 § 10 D. pro socio (17, 2).

[2]) Dasselbe gilt für den Fall, daß der Gegenstand der Gesellschaft untergeht. l 63 § 10 D. pr. soc. (17, 2).

[3]) S. auch Sydow in Goldschmidts Zeitschrift XIX 447.

von der versprochenen Einlage zu befreien, oder dasselbe Geschäft allein oder mit anderen Gesellschaftern abzuschließen. In dem darüber entstehenden Streitverfahren hat in der Regel die die Unmöglichkeit behauptende Partei die Beweislast.

Ein weiterer Auflösungsgrund für die Gesellschaften ist der Tod[1]). Für die Gelegenheitsgesellschaft tritt durch Art. 297 A.D.H.G.B.[2]) hierin eine Modifikation ein. Wenn nämlich die Gesellschafter sämtlich Kaufleute sind, die Gesellschaft in ihrem Handelsgewerbe eingehen, und einer der Teilnehmer, oder doch nicht alle mit der Geschäftsführung beauftragt oder bevollmächtigt sind, so wir durch den Tod des Auftraggebers der Auftrag resp. die Vollmacht nicht aufgehoben, sofern nicht aus dessen Erklärung oder aus den Umständen etwas anderes hervorgeht, m. a. W. die Gesellschaft endigt nicht[3]). Eine entsprechende gesetzliche Regelung für den Fall des Todes eines Beauftragten enthält das A.D.H.G.B. nicht. Es wird also die Gelegenheitsgesellschaft aufgelöst, wenn über die Geschäftsführung keine Vereinbarung getroffen ist, also alle gleichmäßig an ihr sich beteiligen, und ebenso hat der Tod eines geschäftsführenden Gesellschafters die Auflösung der Vereinigung zur Folge, wenn ihm allein, oder doch ausschließlich einem Teil der Gesellschafter die Geschäftsführung übertragen ist[4]). Der Tod eines von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitgliedes dagegen bewirkt die Auflösung der Gesellschaft nicht[5]).

Über die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des Gesellschafters kann bei Eingehung der Gesellschaft, als auch bei Eintritt des Todesfalles eine — an weitere Förmlichkeiten nicht gebundene — Vereinbarung getroffen werden. Nach römischem Recht war ein solches Übereinkommen nichtig[6]). Indem dieses nun aber bei der Gelegenheitsgesellschaft auch stillschweigend getroffen werden kann, bedeutet die tatsächliche Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters das Fortbestehen der Gesellschaft. Das ist von Bedeutung für den Fall, daß die Vereinigung eine längerdauernde Geschäftsverbindung, z. B. eine sog. a conto meta-Verbindung bezweckt. Obwohl nämlich zu deren Fortsetzung mit dem die Firma des Verstorbenen Übernehmenden kein Zwang besteht, bedarf es gleichwohl keines neuen Vertrages zur Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit dem Nachfolger, sondern es genügt eben zum Ausdruck des auf Weiter-

[1]) l 4 § 1 D. pro socio (17, 2): dissociamur renunciatione, morte, capitis minutione et egestate. — l 65 § 10 das.: finitur societas quodsi integris omnibus manentibus alter decesserit.

[2]) Diese Vorschrift des Art. 297 A.D.H.G.B. greift auch für den Fall der Geschäftsführung für gemeinschaftliche Rechnung Platz, da es keinen Unterschied macht, für wessen Rechnung der Auftrag ausgeführt werden soll.

[3]) Vgl. § 280 I 17 pr. Ldr.

[4]) Vgl. die Auflösung der stillen Ges. durch den Tod des Komplementärs, nicht aber durch den Tod des stillen Gesellschafters (Art. 261 Ziff. 1 A.D.H.G.B.).

[5]) Vgl. § 278 I 17 pr. Ldr.

[6]) l 35, l 52 § 9, l 59 pr. l 65 § 9 D. pro socio (17, 2).

führung gerichteten Willens des tatsächliche Fortsetzung der bestehenden Gesellschaftsverbindung.

Dem Tode gleich steht, was die Auflösung der Gelegenheitsgesellschaft betrifft, die rechtliche Unfähigkeit des Teilnehmers zur selbständigen Vermögensverwaltung.

Auch der Grundsatz, daß die Auflösung der Gelegenheitsgesellschaft durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters[1]) bewirkt wird[2]), kann modifiziert werden. Nach Art. 15 K.O. ist nämlich der Konkursverwalter befugt, an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen und die Gegenleistung zu verlangen[3]). Von diesem Recht kann er auch — soweit Gesellschaften in Frage stehen — nur Gebrauch machen bei Gelegenheitsgesellschaften, wo die Geschäfte, zu deren Abschluß die Gelegenheitsgesellschaft eingegangen wurde, nach Art und Zahl bestimmt sind, oder nur ein einzelnes bestimmtes Geschäft den Gegenstand der Verbindung bildet. Eine Gesellschaft zu dauerndem Handelsbetrieb aber endigt notwendig mit der Eröffnung des Konkurses; denn der Gesellschafter ist mit diesem Zeitpunkt nicht mehr ermächtigt, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen oder es zu verwalten (K. O. Art. 5), und daher nicht in der Lage, seine Gesellschaftsverbindlichkeiten zu „erfüllen". Bedenklich ist die Ansicht Wolffs[4]), daß der Konkurs über das Vermögen eines Mitgliedes überhaupt nur die Wirkung habe, daß den Mitgesellschaftern das Recht zusteht, die Gesellschaft wegen Nichterfüllung der dem betreffenden Gesellschafter zustehenden Pflichten aufzulösen.

Weiterhin kann die Gelegenheitsgesellschaft aufgelöst werden durch gegenseitige Übereinkunft. Diese kann jederzeit und ohne Rücksicht auf den beabsichtigten Zweck getroffen werden.

Auch durch Ablauf der Zeit, für die sie eingegangen wurde, wird sie beendigt[5]). Die Festsetzung eines solchen Endtermins kommt der Natur und dem Zweck der Gelegenheitsgesellschaft entsprechend nicht sehr häufig vor, ist jedoch bei a conto meta-Geschäften und Verbindungen zur Übernahme von Lieferungen nicht selten. Als Endtermin kann auch ein dies incertus quando bestimmt sein, z. B. indem Armeelieferanten sich für die Dauer des Krieges vereinigen, oder er kann in der Weise fixiert werden, daß den Teilnehmern von einem bestimmten Zeitpunkt

[1]) § 8 I. de soc. (3, 26): item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit . . . solvitur societas. — 14, 165 § 1 D. pro socio (17, 2) (zitiert o. S. 52). — S. auch Art. 20 K.O. — Brinkmann, H.R., S. 259.

[2]) Zur Auflösung genügt es übrigens schon, wenn bei einem Teilnehmer die Deckungspflicht eine völlig ungesicherte ist (O.A.G. Lübeck v. 26. März 1861 in Goldschm. Zeitschr. VII 472), nicht aber genügt die bloße Verfügung des Arrestes über den Handlungsfonds eines Gesellschafters (Seuffert Archiv XIV 82).

[3]) R.G. XI 51.

[4]) In Busch Archiv XVIII 282. — S. dagegen auch Pardessus a. a. O. pg. 341.

[5]) 11 D. pro socio (17, 2): societas coiri potest . . . ad tempus.

an jederzeit ein Rücktrittsrecht zustehen solle[1]). Im Zweifel bedeutet die Vereinbarung einer gewissen Dauer für das Bestehen der Gelegenheitsgesellschaft auch nicht, daß mit dem Ablauf des betreffenden Zeitraumes die Gesellschaft von selber aufhören solle, sondern nur, daß jedem Teilnehmer ein einseitiges Kündigungsrecht zustehen solle für den Fall, daß der Zweck der Gesellschaft bis zu dem vereinbarten Zeitpunkt noch nicht erreicht worden ist[2]).

Auch die Aufkündigung (Austritt) eines Teilnehmers ist ein Auflösungsgrund für die Gelegenheitsgesellschaft. Ist diese für eine bestimmte Zeit eingegangen, oder hat sie nach Art und Zahl bestimmte Geschäfte zum Gegenstand, ist der Rücktritt an einen gewissen Zeitpunkt, an Kündigungsfristen, den Eintritt einer Bedingung geknüpft, so ist die Kündigung in der Regel nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Dessen Würdigung ist im Streitverfahren in das Ermessen des Richters gestellt. Als genügende Gründe aber gelten stets das Unmöglichwerden des Gesellschaftszweckes, alle das Gelingen des Unternehmens in Frage stellenden Ereignisse, auch das schuldhafte, die Gesellschaft schädigende Verhalten eines Teilnehmers. Im übrigen aber steht die Aufkündigung jedem Teilnehmer zu, ohne daß er an eine bestimmte Zeit gehalten wäre, sei es, daß er das Ende des Geschäftsjahres abwarten oder eine besondere Kündigungsfrist einhalten müßte. Nur darf die Kündigung nicht wider Treu und Glauben verstoßen, also arglistig oder zur Unzeit oder an Abwesende erfolgen. Außerdem, oder wenn sie vor Ablauf einer vereinbarten Frist erfolgte, würden die Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis, insbesondere die Tragung des Verlustes, nicht erlöschen, wohl aber gingen die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Rechte für den aufkündigenden Gesellschafter unter[3]), abgesehen davon, daß für ihn die Verpflichtung zur Schadensersatzleistung begründet würde. Jedoch stände es immerhin im Belieben der Gesellschafter, die Gesellschaft auch für aufgelöst gelten zu lassen[4]).

Der vollständige Verzicht auf das Recht der Aufkündigung ist nichtig. Im A.D.H.G.B. ist dem Teilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft ein Rücktrittsrecht nicht eingeräumt. Es bildet

[1]) R.O.H.G. XVII 206 ff. — 1 4 § 1, 1 63 § 10 D. pro soc. (17, 2). — 1 5 C. comm. div. (3, 37).

[2]) 1 65 § 6 D. pro socio (17, 2). — Treitschke, Gewerbeges., pg. 176 ff.

[3]) § 4 I. de soc. (3, 26). — 1 65 § 3 D. pro soc. (17, 2): Cassius scripsit cum qui renunciaverit societati a se quidem liberare socios suos se autem ab illis non liberari. — 1 65 § 6 das.: Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium aeque praestabit portionem, nisi renunciatio ex necessitate quadam facta sit. — 1 14, 1 17 § 2 D. pro socio (17, 2). — §§ 291—299 I 17 pr. Ldr. — Windscheid, Pand. II 792. — Brinz, Pandekten, 2. Aufl. 1882, II2 pg. 791. — Wolff in Busch Archiv XVIII 280. — Vgl. o. S. 28.

[4]) 1 58 § 3 D. pro socio (17, 2): si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanerit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam.

aber eine Norm des Zivilrechts[1]) und besteht auch für die offene Handelsgesellschaft (Art. 125 A.D.H.G.B.) die Kommanditgesellschaft (Art. 170 das.), die Aktien-Kommandit-Gesellschaft (Art. 200 das.) und die stille Gesellschaft (Art. 262 das.).

Beschließen im Falle des Austritts eines Gesellschafters die übrigen, das Gesellschaftsverhältnis aufrechtzuerhalten, so bedeutet das keine Fortsetzung des alten[1]), sondern die Errichtung einer neuen Gesellschaft.

Durch Vereinbarung kann den angegebenen Auflösungsgründen ihre Wirkung genommen werden nur insoweit dies nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist. Stets unzulässig ist das pactum ne abeatur, eine Vereinbarung, daß einem Teilnehmer für alle Fälle das Kündigungsrecht genommen sein solle. Anderseits ist auch unzulässig die Vereinbarung, daß ein Teilnehmer durch Majoritätsbeschluß aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden könne[2]).

Ist die Gelegenheitsgesellschaft aus irgend einem der angeführten Gründe aufgelöst, so hört der Gesellschaftsvertrag zu wirken auf: die Gesellschafter haben nicht mehr Anteil am Erfolg des auf gemeinschaftliche Rechnung geführten Unternehmens, kein Gesellschafter ist mehr verpflichtet, seinem früheren Mitgesellschafter an seinem Geschäft Anteil zu gewähren, keiner ist berechtigt zu verlangen, daß ein nach Auflösung der Gesellschaft abgeschlossenes Geschäft als für gemeinschaftliche Rechnung unternommen gelte. Daraus versteht sich auch die Sinnwidrigkeit eines etwaigen Konkurrenzverbotes[3]). Der Kreis der für die Gesellschaftszwecke unternommenen Geschäfte ist geschlossen. Geschäfte der „Gesellschaft" sind nur noch die „laufenden" oder „schwebenden", d. s. die zur Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern selber notwendigen oder zur Realisierung der vor der Auflösung für die Gesellschaft eingegangenen Geschäfte erforderlichen (Leistung ausständiger Zahlungen, Einziehung von Forderungen, Verwertung von Objekten). Diese Geschäfte müssen noch ausgeführt werden, und insofern ist die Wirkung der Auflösung nicht immer eine rein negative.

Die Besorgung solcher schwebender Geschäfte bezeichnet Art. 270 A.D.H.G.B. als Liquidation, obwohl von einer Liquidation i. e. S., deren Wesen in der Realisierung der im Gesellschaftsvermögen vorhandenen Aktiva und Passiva besteht, bei der Gelegenheitsgesellschaft nicht die Rede sein kann[4]). Die „Liquidation" hat zu geschehen durch den Teilnehmer, welcher die Gesellschaftsgeschäfte abschloß (Art. 270 A.D.H.G.B.). Haben also alle Teilnehmer gemeinschaftlich gehandelt, so ist auch die Liquidation ihre gemeinschaftliche Aufgabe[5]); lag die Geschäftsführung ausschließlich in Händen eines einzelnen oder mehrerer Gesellschafter, — zumeist bei Konsortien — so obliegt ihnen

[1]) 165 § 6 D. pro socio (17, 2).
[2]) Seuffert Archiv XXXII 135. — [3]) S. o. S. 28.
[4]) R.G. XIX 168. — [5]) Vgl. Art. 133 A.D.H.G.B.

die Abwickelung der laufenden Geschäfte, ohne daß die Mitgesellschafter zu einer Teilnahme an ihnen berechtigt oder verpflichtet wären, hat jeder der Teilnehmer je nach Ort, Gegenstand oder Gelegenheit Geschäfte abgeschlossen, — zumeist bei einer Geschäftsverbindung a conto meta — so sind sie alle auch an der Liquidation beteiligt, und zwar hat jeder das von ihm abgeschlossene Geschäft zu erledigen.

An Stelle des verstorbenen, in Konkurs geratenen oder zur Vermögensverwaltung unfähigen Geschäftsführers treten zur Besorgung der Liquidation dessen Rechtsnachfolger resp. gesetzlich befugte Vertreter. Jedoch ist es strittig[1]), — das Gesetz enthält, so wünschenswert es ist, keine entsprechende Regelung — ob auch ein Dritter entgegen dem Wortlaut des Art. 270 Abs. 2 A.D.H.G.B. die Liquidation übernehmen kann, und die Grundsätze der Art. 133 Abs. 2 und 134 A.D.H.G.B. über die Liquidation bei der offenen Handelsgesellschaft sich auch auf die Gelegenheitsgesellschaft ausdehnen lassen, jeder Gesellschafter also aus wichtigen Gründen richterliche Ernennung und Abberufung eines Liquidators herbeiführen kann. Am probatesten ist in dieser Frage der Mittelweg Labands[2]), der unterscheidet, ob es sich bloß um das Verhältnis unter den Gesellschaftern handelt, oder ob die Liquidation auch Rechtsverhältnisse nach außen berührt. Im ersten Falle, wenn nur das Innenverhältnis in Frage steht, ist die Übertragung der Liquidation an eine andere Person nicht unmöglich. Offene Handelsgesellschaft und Gelegenheitsgesellschaft divergieren auch nicht wesentlich, was das Innenverhältnis betrifft. Im zweiten Fall aber, wenn die Liquidation es auch mit Rechtsbeziehungen nach außen — die Erfüllung der Leistungen aus den mit Dritten abgeschlossenen Geschäften — zu tun hat, ist eine Änderung in den die Liquidation besorgenden Personen auf keinen Fall statthaft, sei es, daß sie durch Vereinbarung der Gesellschafter oder durch richterliche Verfügung herbeigeführt werden sollte. Das ergibt sich aus der Verschiedenheit der Gelegenheitsgesellschaft mit der offenen Handelsgesellschaft. Hier handelt auch nach Auflösung der Gesellschaft der Liquidator mit Wirkung für alle Gesellschafter und führt die Firma, dort ist kein Gesellschaftsvermögen und keine Repräsentation unter einer Firma vorhanden, werden nur die geschäftsführenden Gesellschafter Dritten gegenüber verpflichtet, außer diese sind mit einer anderen Regelung einverstanden, oder es zedieren oder indossieren die betreffenden Gesellschafter ihre Rechte. Insofern kommt der dritte Kontrahent mit den übrigen Gesellschaftern in keinerlei Berührung, kennt sie womöglich gar nicht, und kann daher auch nicht verpflichtet sein, mit ihnen zu verhandeln. Wohl aber kann, soweit dem Liquidator überhaupt die Beiziehung eines Bevollmächtigten möglich ist, er die ihm obliegenden Geschäfte durch einen Mitgesellschafter besorgen lassen. Dieser ist aber dann auch kein neuer Liquidator, sondern nur Stellvertreter des alten.

[1]) S. R.G. XIX 169 u. 169 Anm. 1. — [2]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 241 ff.

Nach außen hat die Auflösung der Gelegenheitsgesellschaft keine Wirkung. Insbesondere gibt es zugunsten des mit dritten Personen für gemeinschaftliche Rechnung kontrahierenden Gesellschafters keine eigene Verjährung.

§ 9. Besondere Gestaltungen und Anwendungsfälle.[1])

Die Gelegenheitsgesellschaft stellt sich nach dem Gesagten dar als ein zwischen mehreren Personen zum Zweck einzelner Handelsgeschäftsabschlüsse für gemeinschaftliche Rechnung ohne Formenzwang entstandenes Vertragsverhältnis, das lediglich unter den Teilnehmern wechselseitige Verpflichtungen und Berechtigungen erzeugt, nach außen aber — nie als Einheit, oder durch eine Firma zu einer solchen zusammengefaßt — überhaupt nur insofern ins Leben tritt, als eine solidarische Haftung und Berechtigung der Gesellschafter begründet wird, wenn diese gemeinschaftlich selber oder durch einen gemeinschaftlichen Beauftragten handeln. Sie ist nicht Handelsgesellschaft und entbehrt daher aller Charakteristika derselben (s. o. S. 17). Sie hat die Gestalt einer zivilrechtlichen Sozietät (societas unius rei), als welche sie auch das A.D.H.G.B. in den Art. 266—270 behandelt. Allein diese Form gehört nicht zu ihrem Wesen. Vielmehr kann ihre innere Gestaltung dem Prinzip der Vertragsfreiheit entsprechend je nach Vereinbarung der Parteien eine beliebige sein[2]).

Eine Gelegenheitsgesellschaft kann insofern recht wohl in Form einer Aktien- oder Aktienkommanditgesellschaft errichtet werden[3]). Da aber nach der Novelle vom 11. Juni 1870 jede Aktiengesellschaft, auch diejenige, welche nur ein einzelnes vorübergehendes Geschäft zum Gegenstand hat, als Handelsgesellschaft gilt (Art. 208, 174 A. D. H. G. B.), sind auf eine derartige Gelegenheitsgesellschaft nicht die Bestimmungen des 3. Buches II. Titels des A. D. H. G. B. anwendbar, welche nur Nichthandelsgesellschaften regeln, sondern in diesem Fall gelten eben für die Aktiengelegenheitsgesellschaft die Bestimmungen über Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien. Die Art. 266—270 können auf eine Aktiengelegenheitsgesellschaft auch dann nicht Anwendung finden, wenn die Aktiengesellschaft wie in Deutsch-Österreich nur im Falle des Handelsgewerbebetriebes Handelsgesellschaft ist[4]). Denn entgegen Art. 266 setzt diese immer zu ihrer Gründung Förmlichkeiten voraus und bedarf notwendig einer Firma[5]).

[1]) Renaud-Laband, a. a. O. pg. 221 ff.

[2]) R.O.H.G. XIV 237. — Auerbach, das Gesellschaftswesen 1861, pg. 427. — Auerbach, das neue Handelsgesetz 1863, Bd. 1 pg. 241.

[3]) Z. B. zum Zweck der Veranstaltung einer Industrieausstellung. Auerbach, Ges. wesen, pg. 195.

[4]) Außerdem unterliegen diese Gesellschaften dem Vereinsges. v. 26. Nov. 1852 (österr. E.G. 32).

[5]) Dagegen verneint Hauser (im Zentr. Org. N. F. VII 15) die Anwendung der für die Akt. Ges. geltenden Bestimmungen. — Ebenso Wolff in Busch Archiv XVIII 258 not. 3.

Ähnlich fällt auch eine in Form einer G. m. b. H. (Ges. vom 20. April 1892 § 1 u. § 13) errichtete Gelegenheitsgesellschaft niemals unter die Art. 266 ff.

Die stille Gesellschaft setzt zwar entgegen der Gelegenheitsgesellschaft einen Geschäftsinhaber und die Einwerfung einer Kapitaleinlage in dessen Handelsvermögen seitens seines — einzigen — Gesellschafters voraus und bezweckt den Betrieb eines Handelsgewerbes, und ebenso haben auch die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft den Betrieb eines Handelsgewerbes — noch dazu unter gemeinschaftlicher Firma — zum Gegenstand. Das hindert indes nicht, daß diese Gesellschaftsformen für den inneren Ausbau der Gelegenheitsgesellschaft die Grundlage bilden können. Eine nach Art der stillen Gesellseaft konstruierte Gelegenheitsgesellschaft, resp. eine auf einzelne Handelsgeschäfte gerichtete stille Gesellschaft war schon im Mittelalter üblich, und der hieher gehörenden Verbindungen wurde schon Erwähnung getan (societas per modum participationis etc.).

Bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft[1]) sind stets nur zwei Kontrahenten, Kaufleute, Handelsgesellschaften oder Nichtkaufleute, vorhanden. Das widerspricht Art. 266 keineswegs. Nach Art. 269 Abs. 1 ist es ferner auch nicht ausgeschlossen, daß, wie hier, die Geschäftsführung ausschließlich dem einen Teilnehmer übertragen ist, der denn auch die Geschäfte im eigenen Namen oder unter seiner Firma abschließt und aus denselben Dritten gegenüber alleinig berechtigt und verpflichtet wird. Und Art. 267 A. D. H. G. B, der die Regelung der Beitragspflicht der Vereinbarung der Parteien überläßt, schließt nicht aus, daß wie bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft der nicht geschäftsführende Gesellschafter ausschließlich eine Einlage in Geld oder Geldeswert von bestimmter Höhe leistet. Der geschäftsführende Gesellschafter kann sie mit der actio pro socio einklagen. Sie geht ins Eigentum desselben über, bildet aber keinen gemeinschaftlichen Fonds, und der Einwerfer kann sie, bezw. den Schätzungswert mit derselben actio pro socio nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses zurückfordern, soweit sie nicht durch den ihn treffenden Verlustanteil erschöpft oder vermindert ist.

Wie es sich mit dem Anteil an Gewinn und Verlust verhalten solle, überläßt Art. 268 A. D. H. G. B. der Vereinbarung der Parteien, und so nimmt der stille Gelegenheitsgesellschafter an dem Gewinn, welchen der geschäftsführende Gesellschafter aus den von ihm unternommenen Handelsgeschäften zieht, unbeschränkt Teil, am Verlust, welchen jener erleidet, bis zum Betrag seiner Einlage. Im einzelnen kann im Sozietätsvertrag selber oder durch einen besonderen Nebenvertrag oder auch erst nach Feststellung des Endresultates vereinbart werden, ob der stille

[1]) Vgl. Pardessus a. a. O. pg. 295: Rien ne s'opposerait toutefois à ce qu'ils établissent, pour régler ces rapports et ces intérêts, des bases puisées dans les principes particuliers à la société en commandite.

Gelegenheitsgesellschafter nach Quoten oder Prozentsätzen beteiligt sein soll, und was betreffs des Gewinnanteiles vereinbart wurde, gilt im Zweifel dann auch für den Verlustanteil [1]).

Gewinn ist vorhanden, wenn der Ertrag aus den für gemeinschaftliche Rechnung unternommenen Geschäften die auf sie verwendeten Kosten und erlittenen Schäden übersteigt. Für die stille Gesellschaft gilt nun (Art. 255 Abs. 2 A. D. H. G. B.), daß der auf den stillen Gesellschafter fallende jährliche Gewinn zur Deckung seiner durch Verluste verminderten vertragsmäßigen Einlage herangezogen werde. Für die stille Gelegenheitsgesellschaft hat diese Bestimmung insofern keine Bedeutung, als bei ihr es sich nicht um einen jährlichen Gewinn handelt. Ein analoges Verhältnis ist aber dadurch gegeben, daß dem stillen Gelegenheitsgesellschafter der Gewinnanteil aus späteren Geschäften nur insoweit ausgezahlt wird, als die durch die Verlustbeteiligung aus den zuerst abgeschlossenen Geschäften verminderte Einlage ergänzt ist. Wenn der gesamte Betrag der durch das unternommene Handelsgeschäft verursachten Kosten und Einbußen den Ertrag aus diesem Geschäfte übersteigt, so ist Verlust vorhanden. Der stille Gelegenheitsgesellschafter hat den vertragsmäßig festgesetzten Teil desselben in der Weise zu tragen, daß ihm der betreffende Betrag aus seiner Einlagenforderung abgezogen wird. Ergibt sich also bei einer zu mehreren Handelsgeschäften eingegangenen Gesellschaft auch aus späteren Geschäften ein Verlust, so wird die durch die Verlustbeteiligung aus den zuerst abgeschlossenen Geschäften verminderte Einlage neuerdings vermindert.

Ist über den Gewinn- und Verlustanteil nichts vereinbart, so wird bei der stillen Gesellschaft die Höhe der Beteiligung durch richterliches Ermessen festgestellt (Art. 254 A. D. H. G. B.). Bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft aber werden gemäß Art. 268 A. D. H. G. B. die Einlagen verzinst, und Gewinn und Verlust nach Köpfen verteilt. Der Gerant hat also dem stillen Gesellschafter die Hälfte des Gewinnes auszuzahlen — eine mit der actio pro socio geltend zu machende Geldschuld, die sofort zu begleichen ist — und ihm die Hälfte des Verlustes zur Last zu legen, wenn überhaupt der noch vorhandene Einlagenbetrag dazu ausreicht. Die Zinsen — 6% jährlich — werden dem stillen Gelegenheitsgesellschafter vom vorhandenen Betrag seiner Einlage

[1]) Lastig (in Endemanns Handbuch I pg. 771 ff.) unterscheidet dementsprechend: 1. die limitierte stille Gelegenheitsgesellschaft, wenn die Haftung des stillen Gesellschafters auf den absoluten Betrag seiner bar eingezahlten — oder auch kreditierten — Einlage beschränkt ist, eine Verbindungsform, die der Geschäftsherr wählt, wenn er sich erst die Mittel zur Durchführung seines Unternehmens verschaffen will; 2. die illimitierte stille Gel.Ges., wo der Anteil des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust auf eine bestimmte Quote des ganzen endgültigen Gewinn- oder Verlustresultates beschränkt ist (z. B. ein Drittel des Gewinstes überhaupt), also ohne Rücksicht auf seine etwaige Einlage, eine Vereinigung, welche der Geschäftsherr dann einzugehen pflegt, wenn er zwar genügend Kapital besitzt, aber nicht das Risiko allein zu übernehmen wagt.

berechnet, dem Geranten von den auf den beabsichtigten Geschaftsabschluß verwendeten Geldern. Zur Deckung der Zinsansprüche wird der vorhandene Gewinn benützt. Wenn dieser nicht ausreicht, ist hinwiederum Verlust vorhanden, den die Gesellschafter wieder je zur Hälfte zu tragen haben.

Wie nach Analogie der stillen Gesellschaft kann die Gelegenheitsgesellschaft auch in Form — zwar nicht einer Kommanditgesellschaft des H. G. B., sondern — einer Zivilkommanditgesellschaft[1]) vorkommen. Zweck einer solchen Gelegenheitsgesellschaft[2]) ist der Abschluß eines oder mehrerer Handelsgeschäfte für gemeinschaftliche Rechnung in der Weise, daß einer oder mehrere Gesellschafter (Komplementare) mit der Geschäftsführung betraut sind, der andere oder die übrigen (Kommanditisten) aber nur eine Kapitaleinlage zu gemeinschaftlichem Vermögen — welches nicht Sondergut der Gesellschafter ist — einwerfen. Sie haben dann ein Forderungsrecht auf Zurückzahlung ihrer Einlage aus dem gemeinschaftlichen Vermögen. Die Höhe der einzelnen Geldeinlagen kann je nach Vereinbarung von einander verschieden sein. Ein Komplementär kann sich wohl, muß sich aber nicht mit einer Geldeinlage beteiligen. Ist er auch an der Geschäftsbesorgung nicht beteiligt, so besteht ev. sein Beitrag nur darin, daß er durch seine unbeschränkte Haft dem Unternehmen die nötige Kreditbasis verschafft. Die Einlagen sind in Geld zu entrichten und können nur, wenn dies laut Vereinbarung gestattet ist, auch in anderen Leistungen bestehen[3]). Art. 267 A.D.H.G.B. steht einer solchen Regelung nicht entgegen; denn er verlangt ein gleiches Beteiligungsverhältnis nur für den Fall, daß nichts anderes vereinbart ist. Der Sozietätsvertrag, durch den die Gesellschaft gegründet wird, und in dem die Gesellschafter ihren Willen kundgeben, eine der Kommanditgesellschaft analoge Sozietät einzugehen, bedarf nach Art. 266 A.D.H.G.B. keinerlei Förmlichkeit. Auch sonst ist keine öffentliche Bekanntmachung notwendig, und das Handelsregister ist dieser Gesellschaft überhaupt verschlossen.

Einer der Komplementare schließt das beabsichtigte Geschäft im eigenen Namen und zugleich im Auftrag und Namen der Mitgesellschafter ab. Auch darin liegt kein Widerspruch mit den Bestimmungen über die Gelegenheitsgesellschaft. Art. 269 Abs. 2 sieht einen solchen Fall vielmehr ausdrücklich vor. Die Komplementäre werden denn auch den dritten Kontrahenten gegenüber unbeschränkt solidarisch berechtigt und verpflichtet. Jeder der Komplementäre ist im Zweifel zu allen Handlungen berechtigt und verpflichtet, welche der Gesellschaftszweck mit

[1]) S. darüber Renaud, das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881, pg. 93 ff.

[2]) Vgl. die accomenda Italiens und hierüber Lastig in Goldschmidts Zeitschrift XXIV 402 ff.

[3]) Eine Verpflichtung zur Ergänzung oder Erhöhung der Einlagen besteht — wenn nicht ausdrücklich vereinbart — nicht.

sich bringt, wenn nur ihre Vornahme nicht auf Widerspruch seitens eines geschäftsführenden Sozius stößt. Sie können sich zur Geschäftsbesorgung auch Bevollmächtigter bedienen, niemals aber Prokura erteilen. Die Mittel zur Ausführung des zu unternehmenden Geschäftes werden dem gemeinschaftlichen Fonds entnommen.

Die Kommanditisten der Handelskommanditgesellschaft haften Dritten gegenüber für die bis zur Eintragung entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten wie die Komplementäre persönlich, außer sie beweisen, daß den Dritten ihre beschränkte Beteiligung bei der Gesellschaft bekannt war (Art. 163 A.D.H.G.B.). Für die Kommanditisten der Kommanditgelegenheitsgesellschaft trifft dies schon um deswillen nicht zu, weil bei ihr von einer Eintragung überhaupt niemals die Rede sein kann. Außerdem haften hier die Kommanditisten nicht kraft Gesetzes, sondern lediglich auf Grund des Gesellschaftsvertrages beschränkt bis zum Betrag ihrer Einlagenforderung.

Gewinn und Verlust wird nicht wie bei der Handelskommanditgesellschaft periodisch festgestellt, sondern nach Beendigung des Unternehmens der auch schon nach Abschluß eines oder mehrerer beabsichtigter Geschäfte. Der Gewinnanteil wird nicht gutgeschrieben, sondern in Geld ausbezahlt, jedoch nur soweit er den zur Ergänzung der durch Verluste etwa verminderten Einlage nötigen Betrag übersteigt. Der Verlustanteil wird den Teilnehmern von ihrer Einlagenforderung abgerechnet oder sonst zur Last gelegt.

Wie die Kommanditisten den dritten Kontrahenten nur bis zum Betrag ihrer Einlagenforderung haften, so tragen sie auch nur bis zu diesem Betrag den Verlust mit und haften in gleicher Weise den geschäftsführenden Gesellschaftern für die bei Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten erlittenen Schäden oder gemachten Aufwendungen.

Der solidarischen Verpflichtung steht die solidarische Berechtigung gegenüber (Art. 269 Abs. 2). Jedoch sind zur Geltendmachung des betreffenden Anspruchs nur die geschäftsführenden Gesellschafter befugt.

Über die Höhe der Gewinn- und Verlustanteile entscheidet zunächst der Gesellschaftsvertrag. In Ermangelung einer besonderen Übereinkunft bestimmt aber nicht richterliches Ermessen wie bei der Handelskommanditgesellschaft die Beteiligungshöhe (Art. 162 A.D.H.G.B.), sondern die Einlagen werden nach Art. 268 A.D.H.G.B. wie bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft verzinst, und Gewinn und Verlust wird nach Köpfen verteilt. Die 6% Zinsen werden vom vertragsmäßigen Einlagenbetrag, und wenn dieser durch Abzug von Verlustanteilen vermindert ist, vom verminderten Betrag berechnet.

Ein Kontrollrecht steht den Teilnehmern nicht zu. Wohl aber haben sie das Recht, vom geschäftsführenden Gesellschafter Rechnungslegung unter Mitteilung von Belegen zu fordern, und

zwar regelmäßig bei Beendigung der Vereinigung, ev. auch schon nach Beendigung eines einzelnen Geschäftes, wenn auch Gewinn und Verlust zu diesem Zeitpunkt schon berechnet werden (Art. 270 A.D.H.G.B.). Die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Komplementäre haben außerdem noch das Recht (Art. 160 A.D.H.G.B.), jederzeit die auf die Gesellschaftsgeschäfte bezüglichen Papiere einzusehen, wogegen die Kommanditisten, wenn wichtige Gründe vorhanden sind, gerichtliche Vorlage der Papiere und Mitteilung von Aufklärungen verlangen können.

Von der stillen Gelegenheitsgesellschaft unterscheidet sich die Kommanditgelegenheitsgesellschaft durch die Möglichkeit einer größeren Zahl von Gesellschaftern (die stille Gelegenheitsgesellschaft umfaßt stets nur zwei Sozii) und das Bestehen eines Gesellschaftsvermögens (bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft geht die Einlage in das Vermögen des Geranten über). Außerdem handelt bei der stillen Gelegenheitsgesellschaft ausschließlich der eine Sozius und wird auch allein berechtigt und verpflichtet, bei der Kommanditgelegenheitsgesellschaft handelt ein Komplementar im Auftrag und Namen sämtlicher Teilnehmer und verpflichtet damit auch alle Teilnehmer solidarisch. Die Kommanditisten haften dabei freilich nicht über den Betrag ihrer Einlage hinaus.

Bei Errichtung einer Gelegenheitsgesellschaft können die Parteien endlich auch — ein seltener Fall — vereinbaren, daß ihr innerer Ausbau der offenen Handelsgesellschaft analog gestaltet sein soll. Den Gesellschaftern ist es nicht benommen, ihren Vertrag öffentlich bekannt zu geben, jedoch ein Zwang hierzu besteht nicht, und die Eintragung ins Handelsregister ist auf jeden Fall ausgeschlossen. Die Gesellschafter können sich mit gleich oder verschieden hohen Einlagen beteiligen; deren Summe bildet einen gemeinschaftlichen Fonds. Zum Wesen der Gesellschaft jedoch gehört dieser nicht, und in Ermangelung desselben werden die Unternehmungskosten im Zweifel von den Teilnehmern im gleichen Verhältnis getragen (Art. 267 A.D.H.G.B.). Ohne Rücksicht aber auf die Einlagenbeteiligung sind alle Teilnehmer gleichmäßig berechtigt und verpflichtet, im Auftrag und Namen der Mitgesellschafter die beabsichtigten Geschäfte abzuschließen. Sie haften demgemäß auch alle solidarisch und unbeschränkt (Art. 269 Abs. 2 A.D.H.G.B.).

Der Unterschied einer solchen offenen Gelegenheitsgesellschaft von der Kommanditgelegenheitsgesellschaft besteht darin, daß dort bei keinem Teilnehmer die solidarische Schuldenhaft auf einen Einlagenbetrag beschränkt ist, und keine Gewinnanteile zur Ergänzung der durch Verlustpartizipation verminderten Einlagen zurückbehalten werden.

Es seien zum Schluß noch die Konsortien i. e. Sinn erwähnt, d. s. Vereinigungen zur Verbreitung von Aktien oder Wertpapieren, die einen Börsenkurs haben. Bei Errichtung einer

Aktiengesellschaft kommen verschiedene hieher bezügliche Verbindungen in Betracht[1]).

Das Gründerkonsortium setzt sich aus mehreren (mindestens fünf) Personen oder Handelshäusern zusammen, die zur gemeinschaftlichen Errichtung einer bestimmten Aktiengesellschaft nach vereinbartem Verhältnis die sämtlichen Aktien selber übernehmen oder sie teilweise oder ganz durch suczessive Zeichnungen unterzubringen beabsichtigen. Das Rechtsverhältnis, in welchem sie untereinander stehen, ist gesetzlich nicht festgestellt. Wenn aber die Parteien Kaufleute sind, und daher das Eingehen einer Gesellschaft — an sich kein Handelsgeschäft — für sie Handelsgeschäft ist, bilden die „Gründer", d. s. nicht bloß die Gründer im e. S., welche das Statut festgesetzt haben, sondern auch alle übrigen Aktionäre, welche andere als in Barzahlungen bestehende Einlagen machen (Art. 209 c A. D. H. G. B.), eine[2]) Gelegenheitsgesellschaft unter sich. Primker[3]) geht zu weit, wenn er das Gründungsgeschäft unter allen Umständen als Handelsgeschäft bezeichnet aus dem Grunde, „weil die schließliche Absicht auf Erlangung von Aktien in einem den wirklichen Kostenbetrag übersteigenden Nominalbetrag gerichtet ist". Denn notwendig muß die Aktienzeichnung nicht zum Zweck der Weiterveräußerung geschehen. Und ganz abgesehen davon fehlt zu einem absoluten Handelsgeschäft das Moment der Anschaffung[4]). Das gegenteilige Extrem vertritt Renaud[5]), indem er dem Gründungsgeschäft überhaupt den Charakter eines Geschäftes oder eines Vertrages — Aktiengesellschaften entstünden nicht durch Vertrag — abspricht und daher auch eine Gelegenheitsgesellschaft verneint selbst für den Fall, daß die Parteien Kaufleute sind. Auch Gareis-Fuchsberger[6]) lehnt es ab, die Aktienzeichnung auch nur als relatives Handelsgeschäft zu charakterisieren, weil dies sowohl gegen Art. 274 Abs. 1 A.D.H.G.B. verstieße, insofern es sich bei der Aktienzeichnung um eine Handlung im Betrieb einer fremden Firma handle, als auch den Sinn des Art. 273 Abs. 1 A.D.H.G.B. übertreiben hieße.

Das gleiche Verhältnis besteht natürlich, wenn — wie es zumeist der Fall ist — von dieser Gründergesellschaft ein anderes Konsortium — meist aus Bankhäusern bestehend — die ganze Aufgabe, d. i. gesamte Finanzierung (den Gründern fehlt vielleicht eine genauere Kenntnis der Geldverhältnisse, sie haben keine weitverzweigten Verbindungen) des geplanten Aktienunternehmens übernimmt, also die Vermittelung von Primitivzeichnungen besorgt für die erst zu bildende Gesellschaft oder die Veräußerung der Aktien vornimmt für die bereits simultan gegründete. Die Übertragung an eine solche Aktienübernahme

[1]) S. darüber Sydow in Goldschmidts Zeitschrift XIX 427 ff.
[2]) Ebenso Hauser im Zentral-Organ N. F. VIII 10.
[3]) In Endemanns Handbuch I pg. 547. — Ebenso Puchelt, Komm. 4. Aufl. 1893, Anm. 9 zu Art. 266.
[4]) Staub, Komm. 3.Aufl. 1896 pg.393.— R.O.H.G. XX 198.— R.G. IV 311, VI 15.
[5]) Renaud-Laband a. a. O. pg. 204. — [6]) Komm. 1891 pg. 323 Bemerk. 22.

und -vertriebsgesellschaft (Finanzkonsortium) kann mannigfach verschieden vereinbart sein: das Bankkonsortium muß die vom Dritten nicht gezeichneten Beträge selber zeichnen, oder es erwirbt an allen zu veräußernden Aktien das Eigentum und verkauft sie auf eigene Rechnung weiter, oder endlich es handelt als Kommissionär zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gründer. Gewinn kann es dadurch erzielen, daß es Primitivzeichner oder Käufer der Aktien zu einem höheren Kurs findet als für den es selber die Aktien übernommen hat, Verlust aber, indem es die Aktien zu einem niedrigeren Kurs oder überhaupt nicht unterbringt.

Um diesem Risiko, wenn auch nicht ganz zu entgehen, verbindet es sich mit dritten Personen als Konsortialbeteiligten[1]) (Syndikat) derart, daß diesen ein Anteil an dem Gewinn zugesichert wird, den das konsortialbildende Haus durch Unterbringung der Aktien zu höherem Kurs erzielt als der Pari- oder Konsortialkurs ist. Die Höhe dieses Gewinnanteiles bestimmt sich nach dem Verhältnis der Beteiligungssumme des Konsortialen zum gesamten zu begebenden Aktienkapital[2]). Anderseits wird der Konsortiale verpflichtet, auch an der Gefahr einen Anteil zu haben, indem er die vom Publikum nicht abgenommenen oder nicht mindestens zum Überlassungskurs veräußerten Aktien im gleichen Verhältnis, wie er am Gewinn beteiligt ist, selber übernehmen muß[3]).

In der Regel setzt sich das konsortialbildende Haus mit mehreren Personen zusammen in Verbindung und gewährt jedem einen durch eine bestimmte Summe Aktien gegebenen Anteil an Gewinn und Verlust aus dem Unterbringungsgeschäft. Ist nichts weiteres vereinbart, so partizipiert jeder Teilnehmer in gleicher Weise an den Vorteilen. Zumeist kommen die Konsortialen und das leitende Haus dahin überein, daß diesem allein die Leitung der Zeichnungsbewirkung resp. des Aktienverkaufs[4]) zusteht, und die Konsortialbeteiligten nur eine bestimmte Einzahlung bei Eintritt ins Syndikat leisten, meist einen gewissen Prozentsatz ihrer Nominalbeteiligung. Die Spesen für Ankündigung, Erlaß von Prospekten etc. und alle Kosten verpflichten sich die Parteien gemeinschaftlich zu tragen. Dann kann endlich noch ein Tag festgesetzt werden, mit welchem die Auflösung des Syndikats eintreten soll.

Es handelt sich bei solchen Konsortialbeteiligungsgeschäften stets um eine Verbindung zwischen dem leitenden Haus und den Konsortialen zum bestmöglichen Verkauf von Papieren auf gemeinschaftliche Rechnung, speziell also liegt ein Gelegenheitsgesellschaftsvertrag zugrunde nach Analogie der stillen Gesellschaft (am Geschäft der Aktienbegebung selbst sind die Kon-

[1]) „Wir haben Sie an dem Konsortium mit Nominal 30,000 Tlr. Aktien zum Kurs von 105% beteiligt".

[2]) Beispiel s. Sydow a. a. O. pg. 432 not. 2. — R.O.H.G. XIII 308 a. E.

[3]) Beispiel s. Sydow a. a. O. pg. 433 not. 3.

[4]) Über „Kauf" der Aktien s. Sydow a. a. O. pg. 436 Fußnote.

sortialen nicht beteiligt (s. o.). Natürlich kann durch besondere Verabredung das Aktienunterbringungsgeschäft auch zu einem allen Konsortialen gemeinsamen gemacht werden, oder ein Teilnehmer kann zur Vertretung des leitenden Hauses ermächtigt sein[1]). Es muß ja Gegenstand einer Gelegenheitsgesellschaft nicht stets ein vollständiges Realisationsgeschäft sein, also Ankauf und Verkauf von Waren umfassen[2]). Es kann die Anschaffung allein für gemeinschaftliche Rechnung geschehen und eine Verteilung der Waren naturaliter erfolgen.[3]) Oder es kann vereinbart sein, daß der Geschäftsherr im allgemeinen sowohl Ankauf und Verkauf bewerkstelligt, diesen letzteren aber unterläßt, wenn er nicht zu einem bestimmten Preis geschehen kann, und die Waren wieder naturaliter verteilt. Der mit einer Einlage beteiligte Gesellschafter erhält dann eine seiner Einlage entsprechende Quantität Waren, und wenn er diese noch nicht geleistet hat, ist er verpflichtet, dem Geschäftsherrn bis zum Betrag seiner vereinbarten Einlage die Waren abzunehmen. Oder aber es kann die Gelegenheitsgesellschaft ausschließlich den Verkauf der vom Geschäftsherrn bereits für eigene Rechnung angekauften Waren bezwecken. Im Fall der Unmöglichkeit des Verkaufs kann wiederum die Verteilung der Waren unter die Gesellschafter vereinbart sein. Und ganz ähnlich ist das Verhältnis bei der besprochenen Konsortialbeteiligung. Die Höhe der Beteiligung des stillen Gesellschafters ist hier nur durch den Nominalbetrag der übernommenen Zahl der Aktien bestimmt. Wenn mitunter die Konsortialen auch technische Hilfe leisten, so beruht dies nicht auf der Eigenschaft als Konsortiale, sondern auf einer für sich bestehenden Verabredung. Die zu begebenden Aktien gehen nicht in das Miteigentum der Gesellschafter über, sondern verbleiben im Eigentum derjenigen, welche es auch vor Eingehung des Syndikats hatten, und diese haben auch allein die Gefahr des etwaigen Untergangs zu tragen[4]).

Es entspricht Art. 266 A. D. H. G. B., daß eine solche Konsortialgelegenheitsgesellschaft — sofern die Bewirkung der Primitivzeichnungen oder die Begebung der Aktien nach Art. 272 Nr. 2 A. D. H. G. B. ein Handelsgeschäft ist — durch eine bloße auf Beteiligung des Konsortialen am Syndikat gerichtete Willenseinigung zwischen dem konsortialbildenden Haus und dem Konsortialen zustande kommt. Und es entspricht dem Wesen der stillen Gelegenheitsgesellschaft, daß durch jeden Vertrag mit einem Konsortialen je eine besondere Vereinigung gegründet wird, und die mehreren Konsortialen untereinander in keinem rechtlichen Verhältnis stehen[5]). Ist das Geschäft des leitenden Hauses, aus welchem Gewinn- und Verlust gemeinsam getragen

[1]) R. O. H. G. XIII 306 ff. 313.

[2]) Bedingung ist nur, daß die betreffenden Geschäfte mindestens für den geschäftsabschließenden Gesellschafter Handelsgeschäfte sind.

[3]) Vgl. den Fall 1 bei Savary.

[4]) Busch Archiv für Theorie und Praxis des A. D. H. R. VI 143 ff.

[5]) 119, 120 D. pro socio (17,2) (S. o. S. 54, nam socii mei socius meus socius non est.

werden soll, im Konsortialvertrag selbst nicht bestimmt bezeichnet, so muß es doch feststellbar und nach seinen Grundzügen bestimmt sein: Die Höhe des Betrages der vom leitenden Haus unterzubringenden Primitivzeichnungen resp. Aktien und die Aktiengesellschaft selber müssen bekannt sein, deren Aktien begeben werden sollen. Handelt es sich also um den Verkauf der Aktien, so muß die Aktiengesellschaft bereits eingetragen sein, handelt es sich um die Anwerbung von Primitivzeichnern, so müssen doch die Grundzüge der künftigen Gesellschaft feststehen.

Durch die Auflösung eines Konsortiums (durch Ablauf der Zeit, Beendigung, Unmöglichwerden des beabsichtigten Geschäftes) werden die etwa neben ihm noch bestehenden Verbindungen nicht berührt, wohl aber bewirkt der Eintritt von Aufhebungsgründen in der Person des Konsortialleiters die Aufhebung der sämtlichen errichteten Syndikate. Die Rechnungslegung bei Auflösung der Gesellschaft hat sich gemäß Art. 270 A. D. H. B. auf das ganze Aktienunterbringungsgeschäft zu beziehen und nicht bloß den Anteil des einzelnen Konsortialen zu umfassen. Denn dessen Rechte und Pflichten bemessen sich nach dem Resultat der Begebung der gesamten Aktiensumme. Ist er in Erfüllung einer auf Verlusten des Begebungsgeschäftes beruhenden Verpflichtung säumig, so kann der Konsortialleiter die betreffenden Primitivzeichnungen für den Konsortialen auf Höhe des von diesem zu übernehmenden Anteils vornehmen, resp. im Wege der Klage Abnahme des betreffenden Aktienquantums zum bedungenen Kurs fordern. Den durch seine Säumigkeit entstandenen Schaden hat der Konsortiale noch außerdem zu tragen. Die betreffende Klage ist die actio pro socio, nicht die actio empti; denn nicht der Vertrag selbst ist ein Kauf oder Verkauf, sondern der Rechtsgrund, auf dem die Verpflichtung des Konsortialen zum „Kauf", d. i. zur Übernahme der unbegebenen Aktien gegen Zahlung des Überlassungskurses beruht, ist der Sozietätsvertrag.

Wie nun das Finanzkonsortium resp. dessen Leiter durch Eingehung von Syndikaten die Gefahr der Aktienplazierung zum Teil auf die Konsortialen abschütteln kann, so kann hinwiederum der einzelne Konsortiale in gleicher Weise die von ihm übernommene Gefahr des Konsortialgeschäftes mit anderen teilen, indem er diesen Anteil an seiner Konsortialbeteiligung gewährt, d. h. ihnen die Unterbringung eines Teiles der ihm selber zur Zeichnung oder Begebung bestimmten Aktien auf gemeinschaftliche Rechnung überträgt (Unterkonsortium). „Wir verkauften an Sie nominal 30000 Tlr. Aktien zum Kurs von 105% consortialiter" ist die gewöhnliche kaufmännische Formel. Der Konsortiale steht dann zu seinem Unterkonsortialen im gleichen Verhältnis, wie das leitende Haus zum Konsortialen, ein direktes Verhältnis aber zwischen dem Hauptkonsortium und dem Unterkonsortium wird nicht begründet.

Es kann natürlich auch wieder dieser Unterkonsortiale zum Zweck der gemeinsamen Tragung des Gewinnes und Verlustes,

welcher ihm aus seiner Teilnahme am Unterkonsortium erwachsen wird, sich weiterhin mit einem Unterkonsortialen verbinden. Alle diese neuen Konsortien sind Gelegenheitsgesellschaften wie das Hauptkonsortium (Syndikat) und unterliegen den gleichen Regelungen wie dieses, vorausgesetzt wie immer, daß die Plazierung der Aktien für eine Partei wenigstens ein Handelsgeschäft ist.

Der Unterschied zwischen der Konsortialbeteiligung und dem Unterkonsortium besteht darin, daß dort ein Gesellschaftsverhältnis besteht zwischen dem Konsortialen und dem Syndikat, d. i. sämtlichen Konsorten oder doch deren Leiter, hier aber ein unmittelbares Verhältnis zwischen dem einzelnen Konsortialen[1]), dem Bilder des Unterkonsortiums, und seinen Unterkonsortialen besteht. Diese nehmen nur mittelbar an den Ergebnissen des Hauptkonsortiums teil, und dieselben Einreden, welche der Gründer des Unterkonsortiums aus dem Hauptkonsortialgeschäft dem leitenden Haus entgegensetzen kann, stehen ihnen gegen diesen zu. Sie haften also nicht, wenn bei Abwickelung der Geschäfte die Hauptbedingungen des Syndikats nicht eingehalten werden, und der das Unterkonsortium bildende Konsortiale trotzdem die auf seinen Anteil fallenden unbegebenen Aktien annimmt.

Wohl zu scheiden ist der Unterkonsortialvertrag von dem Abkommen, durch welches sich der eine Kontrahent zur Gewährung eines Teiles desjenigen verpflichtet, was er aus der Vereinigung herausbekommt, wohl zu scheiden ist er auch von dem Fall, daß der Beteiligte seinen ganzen Gesellschaftsanteil abtritt. Dort ist keine Vereinigung zu einem Handelsgeschäft vorhanden, und auch hier ist kein Gesellschaftsverhältnis begründet.[2])

Dritter Teil.

Die Gelegenheitsgesellschaft nach Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897.[3])

Durch das Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen Handelsgesetzbuches am 1. Januar 1900 ist mit der Gelegenheitsgesellschaft eine große Umwandlung geschehen.

Einerseits ist ihre jetzige sedes materiae überhaupt nicht mehr das H. G. B., und anderseits ist sie, das ehemalige nur unter den Teilnehmern wirkende obligatorische Rechtsverhältnis, zu einer gefestigten, auch nach außen zu einer Einheit zusammengefaßten Gesellschaft geworden. Das ist darauf zurückzuführen, daß das B. G. B. eine Menge von Rechtsregeln, die bisher als alleinige Errungenschaft der Kaufleute ausschließlich auf den Handelsverkehr beschränkt im A. D. H. G. B. enthalten waren, aus diesem entlehnte und zum Gesamtgut des bürgerlichen Rechtsverkehrs machte. Auf diese Weise ist anderseits das neue H.G.B.

[1]) socii mei socius meus socius non est. 120 D. pro socio (17,2). s. o. S. 28 u. 65.
[2]) R. G. I 76, VII 100. — R. O. H. G. XXII 382.
[3]) s. für das folgende Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1906, pg. 757 ff.

im Verhältnis zum alten um eine große Zahl von speziellen Bestimmungen ärmer geworden und hat das, was es früher als besondere Grundsätze enthielt, nunmehr aus dem B. G. B. zu entnehmen.

Ähnlich verhält es sich mit der Gelegenheitsgesellschaft. Sie ist jetzt kein selbständiges, besonderes Handelsgesellschaftsgebilde mehr, sondern wird von den allgemeinen Vorschriften über Gesellschaft im B. G. B. umfaßt. Da dieses aber den römisch-rechtlichen Gesellschaftsbegriff aufgehoben und zum größten Teil durch die Grundsätze über die offene Handelsgesellschaft des A. D. H. G. B. ersetzt hat, ist die jetzige Gelegenheitsgesellschaft nicht mehr identisch mit der societas unius rei, sondern ähnelt — wie sie zuvor im schroffsten Gegensatz zu ihr stand — der offenen Handelsgesellschaft des A. D. H. G. B.

Ein handelsrechtlicher Begriff ist die Gelegenheitsgesellschaft immerhin noch, wenn auch nicht mehr speziell handelsrechtliche Normen für sie gelten. Sie ist — soweit man auf eine derartige Verbindung noch die Bezeichnung Gelegenheitsgesellschaft anwendet — immer noch eine kaufmännische Vereinigung. Bekam sie diesen Charakter aber nach altem Handelsrecht durch die Art der beabsichtigten zu unternehmenden Geschäfte, so kommt es jetzt auf die Eigenschaft der kontrahierenden Parteien an. Das alte Handelsgesetz war eben ein Buch für Handelsgeschäfte, das neue ist ein Standesrecht. Und konnte früher die Gelegenheitsgesellschaft eingegangen werden entweder von Kaufleuten zum Abschluß auch von Nichthandelsgeschäften oder von Nichtkaufleuten zum Abschluß von absoluten Handelsgeschäften, so ist sie jetzt lediglich eine Verbindung von Kaufleuten, gleichgültig, zu welcher Art von Geschäften, da jedes von einem Kaufmann unternommene Geschäft im Zweifel ein Handelsgeschäft ist (§ 343, 344 H. G. B.).

Trotz dieser Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis ist die Möglichkeit, Gelegenheitsgesellschaften zu bilden, nach neuem Recht keine geringere geworden, weil das neue Recht eben diesen Personenkreis erweitert hat. Denn Kaufmann ist nach ihm nicht nur, wer gewerbsmäßig ein im § 1 H. G. B. genanntes „Grundhandelsgeschäft" betreibt, sondern es wird auch durch die obligatorische Eintragung seiner Firma ins Handelsregister jeder Gewerbetreibende Kaufmann, dessen Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 H. G. B.), und außerdem durch fakultative Eintragung der Unternehmer eines Nebengewerbes des land- und forstwirtschaftlichen Betriebes.

Die Gelegenheitsgesellschaft ist eine „Gesellschaft" und unterscheidet sich, wie oben schon angedeutet (s. o. S. 29 ff.), von der bloßen Gemeinschaft dadurch, daß ihr ein gemeinsamer Zweck zugrunde liegt, den zu fördern vertragsmäßige Aufgabe der Gesellschafter ist. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der modernen und der alten Gelegenheitsgesellschaft besteht praktisch nur in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen.

Die alte Gelegenheitsgesellschaft war ein reines Vertragsverhältnis zwischen einander selbständig gegenüberstehenden Personen, auf Grund dessen diese einander obligatorisch zu bestimmten Leistungen verpflichtet waren. Es war kein eigentliches Gesellschaftsvermögen denkbar, und was man so nannte, war lediglich die Summe der jedem einzelnen Gesellschafter zustehenden Vermögensstücke. Formell konnte jeder von ihnen je über seinen Teil verfügen, wie er auch dem Zugriffsrecht der Privatgläubiger des Gesellschafters ausgesetzt war. Nach modernem Recht aber hat die Gelegenheitsgesellschaft ein dinglich gebundenes eigentliches Gesellschafts-Sondervermögen. Die Gesellschafter stehen einander nicht mehr selbständig gegenüber, sondern sind zu einer Einheit in einem Gesamthandsverhältnis verbunden. Sie können auch nur insgesamt über das Gesellschaftsvermögen verfügen, sei es im ganzen, sei es über einzelne dazu gehörige Gegenstände. Es ist an den Gesellschaftszweck gebunden und daher auch dem Zugriffsrecht der Privatgläubiger des einzelnen Gesellschafters entzogen. Dieser hat am Gesellschaftsvermögen nicht wie bei der societas einen ideelen frei veräußerlichen Miteigentumsanteil an allen einzelnen Stücken des gemeinschaftlichen Vermögens, sondern nur ein unbestimmtes Teilhaberschaftsrecht, ein Rechtsverhältnis, das nicht in Geld ausdrückbar oder sonst wie ein Vermögensstück schätzbar ist. Indessen entspringen aus diesem Teilhaberschaftsrecht wohl verschiedene Ansprüche auf bestimmte oder bestimmbare Sachen oder Stücke, über welche der Gesellschafter verfügen kann. Dahin gehören insbesondere die Ansprüche auf einen Gewinnanteil, Forderungen, die aus der Geschäftsführung entstanden sind, die Ansprüche auf das, was dem einzelnen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zufallen wird (§ 717 B. G. B.). Das Gesellschaftsvermögen setzt sich zusammen aus den Beiträgen der Gesellschafter, den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen und den nach dem Prinzip der dinglichen Surrogation gewonnenen Stücken, d. s. die auf Grund eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworbenen (§ 718). Nicht gehören zum Gesellschaftsvermögen die versprochenen, noch nicht geleisteten Beiträge. Denn einen Anspruch auf die Beitragsleistung haben nur die Mitgesellschafter gegen einander, nicht ist die Gesellschaft als solche zum Empfang der Beiträge berechtigt, wie denn der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, und den einzelnen Gesellschaftern gegen einander die exceptio non adimpleti contractus zusteht.[1])

Außer dem Unterschied bezüglich des Gesellschaftsvermögens bestehen keine gegensätzlichen Verschiedenheiten zwischen der

[1]) Über diese keineswegs unbestrittene Auffassung s. Oertmann, a a.O. pg. 762 ff. und die dort Zitierten.

alten Gelegenheitsgesellschaft, dem Institut des A. D. H. G. B., und der jetzigen, einer gewöhnlichen Gesellschaft des B. G. B.

Die Errichtung geschieht auch nach B. G. B. formlos durch Eingehung eines Vertrags. Nur wenn die Beschaffenheit der einzelnen Beiträge — Einbringung eines Grundstücks (§ 313 B.G.B.), des ganzen gegenwärtigen Vermögens oder einer Quote davon (§ 311 B. G. B.) — die Einhaltung einer Formvorschrift bedingt, ist der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung unterworfen. Die vertragschließenden Personen müssen Kaufleute sein. Im einzelnen können sie also Einzelkaufleute sein — also auch Handelsfrauen und mit Genehmigung ihres Mannes handeltreibende Ehefrauen — oder Gesellschaften mit juristischer Persönlichkeit (Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht und eingetragene Genossenschaften).

Indem die Gelegenheitsgesellschaft zum Abschluß eines oder mehrerer einzelner Handelsgeschäfte eingegangen wird, treten einige Verschiedenheiten zwischen alter und jetziger Gelegenheitsgesellschaft hervor in Bezug auf ihren Gegenstand. Ein absolutes Handelsgeschäft, ein Geschäft, das ohne Rücksicht auf die Kaufmannseigenschaft der es abschließenden Personen und ohne Rücksicht auf die Gewerbmäßigkeit des Abschlusses unter allen Umständen ein Handelsgeschäft ist, kennt das neue H. G. B. nicht mehr. Anderseits hat es aber auch die Beschränkung nicht rezipiert, daß Verträge über unbewegliche Sachen niemals Handelsgeschäfte sein könnten.

Wie Art. 267 A. D. H. G. B. statuiert § 706 B. G. B. für jeden Teilnehmer der Gesellschaft eine im Zweifel gleichmäßige Pflicht zur Beitragsleistung. Daß die Beitragsleistung auch in der Verrichtung von Diensten bestehen kann, ist in § 706 Abs. 3 B.G.B. ausdrücklich hervorgehoben. Und wenn auch, wie oben schon angedeutet (s. o. S. 31), der Rechtsgrund der Beitragsleistung weder ein Kauf ist noch eine Hingabe an Zahlungsstatt, so kommen doch bezüglich der Mängelhaftung für die geleisteten Stücke die Grundsätze über den Kauf und bei quoad usum eingebrachten Sachen über die Miete in Betracht. Über den Verzug in der Beitragsleistung gelten die allgemeinen Bestimmungen des B. G. B. in den §§ 284—288. Verschuldetes Unmöglichwerden der Beitragsleistung verpflichtet den Gesellschafter zum Schadensersatz, unverschuldetes befreit ihn oder verpflichtet ihn höchstens zur Leistung des noch möglichen. Wie im gemeinen Recht hat aber das Unmöglichwerden der Leistung den Ausschluß von Gewinn nicht zur Folge. Wohl aber kann es ein Grund zur Aufkündigung der Gesellschaft oder zum Ausschluß des Gesellschafters sein (§ 723, 737 B. G. B.). Objektive Unmöglichkeit von Anfang an macht den Gesellschaftsvertrag nichtig, (§ 306, 139 B. G. B.) subjektive verpflichtet zu Schadensersatz oder führt zur Aufkündigung oder Ausschließung (§ 737 B. G. B.)

Auch nach neuem Recht ist die Pflicht des einzelnen Gesellschafters mit der Leistung seines Beitrages erschöpft, und er ist

zu keinerlei Erhöhung oder Nachschießung verpflichtet (§ 707 B.G.B.). Wird diese in einer späteren Abmachung als dem Gesellschaftsvertrag selber bedungen, so muß man daher in dieser Änderung eine Änderung des ganzen Gesellschaftsvertrags, d. i. den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags, erblicken.

Den Streit über das Eigentumsverhältnis zu den eingebrachten Sachen hat das B. G. B. in dem oben (S. 31 ff.) schon durchgeführten Sinn geschlichtet. Es können nach ihm die Beiträge zum Gebrauch oder zu Eigentum überlassen werden. Werden vertretbare oder verbrauchbare Sachen geleistet, so besteht die Vermutung, daß sie gemeinschaftliches Eigentum werden sollten. Unvertretbare und unverbrauchbare Sachen gelten im Zweifel nur dann als zu Eigentum überlassen, wenn sie nach einer Schätzung beigetragen werden, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist (§ 706 B.G.B.). Zur Eigentumsübertragung unbeweglicher Sachen bedarf es der Auflassung (§ 873, 925 B.G.B.), und bewegliche Sachen können durch constitutum possessorium übertragen werden (§ 930 B.G.B.) (durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages). Die Gefahr der eingebrachten Stücke geht bei der societas quod sortem mit dem Eigentumsübergang auf die Gesellschaft über. Vor diesem Zeitpunkt und bei der societas quod usum trägt die Gefahr der Einbringende, und seine Mitgesellschafter haben ein Kündigungsrecht, wenn er nicht Ersatzstücke einbringt.

Auch dem Wesen der Gesellschaft des B. G. B. läuft es zuwider, daß ein Gesellschafter an seiner Stelle einen Dritten in das Gesellschaftsverhältnis eintreten ließe. Die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche aber kann der einzelne Gesellschafter, wie oben schon angedeutet (s. o. S. 69), beliebig zedieren. Dem Zugriff seiner Gläubiger aber unterliegen sie deswegen noch nicht ohne weiteres. Die Gläubiger müssen vielmehr erst die Gesellschaft aufkündigen. Unter dieser Bedingung freilich unterliegt aber auch der Gesellschaftsanteil, der ja als Grundlage verschiedener Vermögensansprüche selber einen Vermögenswert besitzt, der Pfändung durch die Privatgläubiger des Gesellschafters und gehört zu dessen Konkursmasse. Die Gläubiger kündigen ohne Einhaltung einer Frist auf Grund der Pfändung und eines endgültig vollstreckbaren Schuldtitels die Gesellschaft auf und erlangen Befriedigung durch Überweisung dessen, was die Gesellschafter bei der Auseinandersetzung erhalten werden (§ 717, 725 B. G. B. - § 859 C. P. O. — § 16, 51 K. O.). Einen Gesellschaftskonkurs als solchen gibt es nicht. Im Konkurs des Gesellschafters aber haben die Mitgesellschafter ein Absonderungsrecht an dem bei der Teilung ermittelten Gesellschaftsanteil des Gemeinschuldners (§ 51 K. O.).

Rechnungsabschluß — dessen notwendigen Inhalt § 259 B.G.B. gibt — und Gewinnverteilung müssen erst nach Auflösung der Gesellschaft erfolgen und finden bei längerer Dauer derselben im Zweifel alljährlich statt (§ 721 B. G. B.). Gewinn und Verlust

wird nach Köpfen verteilt (§ 722 B. G. B.). Das oben (S. 36) entwickelte Prinzip, daß das für den einen Fall der Gewinnresultierung oder des Verlusteintritts Vereinbarte im Zweifel auch gilt, wenn der dem vorgesehenen Fall entgegengesetzte Erfolg eintritt, hat § 722 Abs. 2 B. G. B. ausdrücklich aufgenommen. Die Auszahlung des Gewinnanteils muß ohne Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaft erfolgen, d. h. darf nicht deswegen verweigert werden, weil sie gerade nicht passend oder nicht vorteilhaft ist. Die zu tragende Verlustquote (vg. o. S. 53 u. 59) wird nicht bar erlegt, sondern von dem den einzelnen Gesellschafter treffenden Gewinnanteil abgezogen.

Auch die Auseinandersetzung erfolgt nach Auflösung der Gesellschaft. Sie umfaßt:

1. Beendigung der schwebenden Geschäfte.
2. Zurückgabe der quoad usum eingebrachten Sachen, wobei der einlegende Gesellschafter die Gefahr zufälliger Verschlechterung oder zufälligen Verlustes selber zu tragen hat (§ 732 B. G. B.). Der Anspruch auf Zurückerstattung dieser Sachen und auf Schadensersatz wegen doloser oder fahrlässiger Verminderung derselben ist gegen die Gesellschafter gerichtet auch, — wegen § 278 B. G. B. — wenn nur der von ihnen beauftragte Gerant über die Sachen verfügte.
3. Berichtigung der Gesellschaftsschulden, d. s. die dem Gesellschaftsvermögen im Sinne des § 718 B. G. B. anhaftenden Verbindlichkeiten. Der zur Erfüllung streitiger oder nicht fälliger Verbindlichkeiten erforderliche Betrag ist zurückzubehalten, das Gesellschaftsvermögen, soweit nötig, zu versilbern.
4. Rückerstattung der Einlagen[1]) ev. ihres Wertes zur Zeit ihrer Einbringung.
5. Teilung des verbleibenden Restes nach Verhältnis der für die Gewinnverteilung maßgebenden Anteile.

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Schuldentilgung und Einlagenerstattung nicht aus, so obliegt den Gesellschaftern nach Maßgabe der für die Verlustberechnung geltenden Anteile die Tragung des Ausfalles.

Zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte sind die Gesellschafter gemeinschaftlich berechtigt. Und es bedarf zur Ausführung eines für die Gesellschaft wirksamen Geschäftes grundsätzlich[2]) der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, ev. deren nachträglicher Genehmigung (§ 177 B. G. B.). Allerdings, wenn die Verweigerung der Zustimmung offenbar dem Vereinszweck schadet, kann hinwiederum auf die Einwilligung geklagt werden, und wer diese grundlos verweigert, hat den daraus entstehenden Schaden zu vertreten. Soll demnach nur Stimmenmehrheit

[1]) Eine Verpflichtung zur Verzinsung der Einlagen besteht nicht mehr.

[2]) Aus § 744 B. G. B. folgt, daß die zur Erhaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendigen Handlungen der Zustimmung nicht bedürfen. Ebensowenig ist sie natürlich erforderlich, wenn es sich um Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit einem ihrer Teilnehmer handelt.

erforderlich sein, oder sollen einer oder einige Gesellschafter, oder jeder einzelne für sich mit der Geschäftsführung betraut sein, so muß im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich eine entsprechende Abmachung enthalten sein (§ 709 B.G.B). Im ersten Fall, wenn Stimmenmehrheit ausbedungen ist, entscheidet im Zweifel absolute Personenmehrheit (§ 709 B.G.B.) Wenn einigen oder allen Gesellschaftern die Geschäftsführung übertragen ist, kann jeder durch seinen Widerspruch den Abschluß eines Geschäfts verhindern (§ 711 B.G.B.). Die Übertragung der Geschäftsführung an einzelne Gesellschafter bedeutet zugleich auch den Ausschluß der übrigen Gesellschafter von derselben (§ 710 B.G.B. Diese Geschäftsübertragung ist widerruflich und kündbar (§ 712 B.G.B.). Sie begründet kein Mandatsverhältnis, vielmehr ist die Geschäftsführung ein Akzidens der Eigenschaft als Gesellschafter. Infolgedessen haftet der Gesellschafter auch in Ausübung seiner Geschäftsführung nur für diligentia quam suis, welches Maß der Haftung § 708 ausdrücklich aufstellt. Einige Mandatsgrundsätze, so für die Bestimmung der Rechte und Verpflichtungen der Geranten finden indes nichts desto weniger nach der dispositiven Vorschrift des Gesetzes (§ 713 B.G.B.) auf die Gesellschaftsgeschäftsführung Anwendung (§§ 664—670 B.G.B.). Jeder der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter hat ein weitgehendes Informationsrecht (§ 716 B.G.B.).[1] Mit Dritten aber rechtswirksam für die Gesellschaft kontrahieren kann er nicht. Denn nach § 714 B.G.B. ist dem Prinzip der alten Gelegenheitsgesellschaft entgegen bei der heutigen in der Geschäftsführungsbefugnis im Zweifel die Stellvertretungsbefugnis mitenthalten[2]). Der Verlust der ersteren bewirkt also den Verlust der letzteren. Anderseits aber kann dem Gesellschafter die letztere auch entzogen sein, obwohl ihm die erstere eingeräumt ist. Man kann also sagen: Enthält der Gesellschaftsvertrag — den sich der Dritte vorlegen lassen kann — keine Bestimmung, welche der Vermutung des § 714 B.G.B. entgegensteht, so ist der kontrahierende Gesellschafter dem Dritten gegenüber als Bevollmächtigter der Gesellschaft auch nur dann anzusehen, wenn der Dritte auch nicht anderweitig einen der Vollmachtsannahme entgegenstehenden Umstand kennt oder schuldhaft nicht kennt.

Waren nach gemeinem Recht alle Gesellschafter zum Abschluß von Geschäften mit Dritten berechtigt, so erwarb jeder von ihnen einen ideellen Eigentumsanteil an der erworbenen Sache, eine Teilforderung an der erlangten teilbaren Forderung, einen Solidaranspruch auf das erworbene unteilbare Recht. Bei der heutigen Gesellschaft des B.G.B. und damit der heutigen Gelegenheitsgesellschaft werden die für die Gesellschaft erworbenen Forderungen Gesellschaftsvermögen, die Schulden der Gesell-

[1]) s. o. S. 47 f. — Auch die Beiziehung eines Sachverständigen ist gestattet.

[2]) Umgekehrt aber folgt nicht aus der erteilten Vollmacht die Geschäftsführungsbefugnis. —

schaft sind Schulden der Gesellschafter[1]) (§ 718 B.G.B.). Infolgedessen ist der einzelne Gesellschafter weder anteilig noch solidarisch berechtigt (nämlich nach Gesamthandsgrundsätzen), dagegen solidarisch verpflichtet (§§ 718–720; § 427, 431, 128 B.G.B.). Und zwar ist seine Haftung eine unbeschränkte. Er haftet mit dem, was er zu Gesellschaftszwecken beigesteuert hat (d. i. dem Gesellschaftsvermögen) und mit seinem übrigen Privatvermögen. Der Gesellschaftsgläubiger kann also Befriedigung suchen sowohl aus dem Gesellschaftsvermögen, als aus dem Privatvermögen des Gesellschafters. Im ersten Fall wird Klage erhoben, und der vollstreckbare Schuldtitel ist gerichtet gegen alle Teilnehmer der Gesellschaft (§ 736, 750 C.P.O.), im zweiten Fall ist ein gegen den einzelnen Gesellschafter persönlich gerichteter Schuldtitel erforderlich. Der gegen ihn gerichteten Klage kann er die ihm persönlich wie die der Gesellschaft als solcher zustehenden Einwendungen entgegensetzen. Tritt jemand in eine bestehende Gesellschaft als neues Mitglied ein[2]), so nimmt er natürlich sofort an den Rechten Teil und kann anderseits die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen, das nunmehr auch ihm mitgehört, nicht abwenden. Aber zur Begründung seiner persönlichen Haftung für die vor seinem Eintritt kontrahierten Gesellschaftsschulden bedarf es einer eigenen Schuldübernahme.

Die Auflösungsgründe der modernen Gesellschaft sind grundsätzlich dieselben wie bei der alten Gelegenheitsgesellschaft: Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen wurde, Eintritt der auflösenden Bedingung, Kündigung, Erreichung des Zweckes und dessen Unmöglichwerden, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters, Tod desselben und Beschluß der Teilnehmer[3]). Eine Änderung ist nur insofern eingetreten, als der Wegfall eines Mitgliedes nicht mehr unter allen Umständen die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat. Es kann für den Fall des Austritts eines Mitgliedes vielmehr im Gesellschaftsvertrag der Fortbestand der Gesellschaft ausbedungen sein. Die Einräumung dieser Befugnis resultiert aus der praktischen Erwägung, daß das Ausscheiden eines Mitgliedes in den seltensten Fällen den Bestand der Gesellschaft so sehr erschüttert, daß die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes nicht mehr möglich wäre. Den Wegfall eines Mitgliedes, der dem allgemeinen Prinzip zuwider nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat, nennt das B.G.B. „Ausscheidung". Es kennt zwei Fälle der Ausscheidung, einmal den, daß durch Gesellschaftsvertrag der Fortbestand der Gesellschaft bestimmt ist für den Fall, daß ein Gesellschafter stirbt, kündigt oder in Konkurs geraten ist (§ 736 B.G.B.), zum andern das Ausscheiden in dem

[1]) S. dagegen Oertmann, a. a. O. pg. 781 ff.

[2]) Über die Bedeutung des Neueintritts eines Gesellschafters für den Bestand der Gesellschaft s. Oertmann a. a. O. pg. 797.

[3]) Die Unfähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung ist kein Auflösungsgrund mehr.

passiven Sinn von Ausgeschlossenwerden. Nach § 737 kann nämlich der Ausschluß eines Gesellschafters erfolgen, wenn in seiner Person ein die Mitgesellschafter zur Kündigung berechtigender Grund eintritt unter der Voraussetzung, daß im Gesellschaftsvertrag der Fortbestand der Gesellschaft ausbedungen ist für den Fall der Kündigung seitens eines Gesellschafters.

Die Wirkung des Ausscheidens eines Mitgliedes besteht darin, daß dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen in Konsequenz der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens den verbleibenden Gesellschaftern ohne weiteres anwächst. Es bedarf also keiner besonderen Übertragung oder einer Umschreibung im Grundbuch. Der Ausscheidende kann verlangen die Herausgabe der quoad usum eingebrachten Sachen, die Auszahlung des Geldbetrags dessen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre (ev. Zuziehung eines Sachverständigen auf Kosten der Gesellschaft zur Ermittelung dieses Betrages),[1]) und endlich seine Befreiung von der ihn als Gesellschafter auch persönlich treffenden Schuldenhaftuug (ev. wegen noch nicht fälliger Schulden statt der Befreiung Sicherheitsleistung § 738 B. G. B.). Ebenso nimmt er noch Teil an Gewinn und Verlust, der sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt, d. h. er nimmt an dem Ergebnis dieser Geschäfte teil, ohne aber noch Gesellschafter zu sein und mit den Geschäften in Zusammenhang zu stehen.

Die Kündigung seitens eines Gesellschafters kann jederzeit erfolgen, wenn das Gesellschaftsverhältnis für unbestimmte Zeit, dagegen wenn es für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, nur im Falle ein wichtiger Grund dazu vorhanden ist (§ 723 B. G. B.). Die Endigung der Gesellschaft ist dann mit der Abgabe der Willenserklärung erfolgt (§ 130 B. G. B.).[2]) Der Satz, daß der unzeitig kündigende Gesellschafter socium a se, non se a socio liberat, gilt für die heutige Gelegenheitsgesellschaft nicht mehr. Die Kündigung hat, auch wenn sie unzeitig erfolgt, volle Wirkung, verpflichtet aber zu Schadensersatz. Einen rechtlich wirksamen Verzicht auf das Kündigungsrecht gibt es nicht (§ 723 B. G. B.)

Trotz der Auflösung „gilt" die Gesellschaft als fortbestehend, solange die Auseinandersetzung erfolgt, d. h. es besteht ein Gemeinschaftsverhältnis fort, für das die Grundsätze über die Gesellschaft gelten. Ebenso „gilt" die Gesellschaft insoweit als fortbestehend, als die Mitgesellschafter eines verstorbenen Genossen mit dessen Erben die ihnen übertragenen Geschäfte einstweilen noch fortzuführen verpflichtet sind (§ 727 B. G. B.).

Ist nun auch das Institut der Gelegenheitsgesellschaft aus dem Handelsgesetzbuch verschwunden, so hindert das nicht,

[1]) Er ist natürlich entsprechend auch zur Leistung des in treffenden Verlustanteils verpfichtet. (§ 739 B. G. B.)

[2]) Freilich muß die Abgabe der Willenserklärung gegenüber allen Gesellschaftern erfolgen.

daß nicht auch handelsrechtliche Bestimmungen auf dasselbe Anwendung finden. Im Gegenteil, der handelsrechtliche Charakter der Gelegenheitsgesellschaft zwingt zur Heranziehung des H.G.B., speziell seines 3. Buches. Da nämlich, wie oben schon erwähnt worden, eine Gelegenheitsgesellschaft als Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften nach neuem Rechte nur von Kaufleuten — von Nichtkaufleuten deswegen nicht, weil deren Geschäfte niemals Handelsgeschäfte sind — eingegangen werden kann, so muß für ihre Teilnehmer, wenn sie alle Kaufleute sind, der allgemeine Teil des 3. Buches des H.G.B. in vollem Umfang zur Anwendung kommen, in dem auf die Fälle beschränkten Umfang, wo nicht auf beiden Seiten Kaufmannseigenschaft verlangt ist (wie im § 366 H.G.B), wenn nur der geschäftsführende Teilnehmer Kaufmann ist (§ 345 H.G.B.). Ähnlich bedingt der Umstand, daß die Teilnehmer der Gelegenheitsgesellschaft Voll- oder Minderkaufleute sind, eine verschiedene Behandlung nur insofern, als einzelne Bestimmungen des 3. Buches nur für Vollkaufleute Anwendung finden (nämlich gemäß § 351 H.G.B. die §§ 348—350 das.).

Im einzelnen sind Fälle, in denen für die Regelung des Verhältnisses unter den Mitgliedern einer Gelegenheitsgesellschaft, sonst ausschließlich eines Institutes des B.G.B., das H.G.B. hereinspielt und zum großen Teil eine von der Regelung im B.G.B. verschiedene Behandlung verlangt, folgende:

1. § 346 H.G.B. bestimmt, daß im Rechtsverkehr unter Kaufleuten die Gebräuche und Gewohnheiten berücksichtigt werden müssen, welche im kaufmännischen Verkehr geübt werden. Es wird hier also Rücksichtnahme speziell auf die kaufmännische Verkehrssitte verlangt, während im B.G.B. allgemein Beachtung der Verkehrssitte überhaupt stattfindet.
2. § 347 H.G.B. verpflichtet den schuldnerischen Kaufmann zur Wahrung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, soweit nicht nach B.G.B. von ihm nur das Einstehen für grobe Fahrlässigkeit oder diligentia quam in suis verlangt wird. Nach § 707 B.G.B. haftet der Gelegenheitsgesellschafter für diesen letzteren Grad von Sorgfalt, und § 347 H.G.B. spielt also in die Regelung der Gelegenheitsgesellschaft nicht herein.
3. § 348 H.G.B. schließt die richterliche Herabsetzung einer versprochenen unverhältnismäßig hohen Konventionalstrafe (z.B. für den Fall, daß die Einlage nicht bis zu einem bestimmten Termin entrichtet wird), wie sie nach B.G.B. § 343 vorgesehen ist, für den Vollkaufmann aus.
4. § 352 H.G.B. setzt entgegen dem bürgerlichen Recht (§ 246 B.G.B.), das eine Verzinsung von nur 4% kennt, die Höhe der gesetzlichen Zinsen mit Einschluß der Verzugszinsen bei beiderseitigen Handelsgeschäften auf fünf vom Hundert fest, die gleiche Höhe für die ohne Bestimmung eines Zinsfußes für eine Schuld aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft versprochenen und für alle Zinsen, die nach H.G.B. zu zahlen

sind, ohne daß in diesem Gesetzbuch über ihre Höhe etwas bestimmt ist.

5. § 353 H. G. B. berechtigt den Kaufmann für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern. Das B. G. B. verpflichtet den Schuldner zur Entrichtung von Zinsen erst, wenn er schuldhaft nicht leistet und in Verzug geraten ist (§ 288 B. G. B.), oder vom Eintritt der Rechtshängigkeit an (§ 291 B. G. B.). Freilich entfällt auch nach H. G. B. die Zinspflicht, sowie der Gläubiger sich in Verzug befindet oder der Schuldner rechtsgültig hinterlegt hat. Die Höhe des Zinsfußes beträgt bei einseitigen Handelsgeschäften 4% (§ 246 B.G.B.), bei zweiseitigen 5% (§ 352 H.G.B.). Bezüglich der Ansprüche aus der Geschäftsführung, der Ansprüche auf Ersatz der Auslagen usw. hat dieser § für den Gelegenheitsgesellschafter große Bedeutung.

6. Nach § 358 H. G. B. hat die Leistung aus — auch einseitigen — Handelsgeschäften während der gewöhnlichen Geschäftszeit zu erfolgen. Nach B. G. B. muß sie allgemein nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bewirkt werden.

7. § 360 H. G. B. enthält die der allgemeinen Bestimmung des B. G. B. (§ 243) korrespondierende Vorschrift, daß bei Genußschulden Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten ist.

8. § 366 H. G. B. enthält eine wichtige vom B. G. B. abweichende Bestimmung bezüglich des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten. Nach B. G. B. (§ 932) wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, außer es ist ihm dieser Umstand bekannt, oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt. Nach § 366 H. G. B. aber wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn er nur bezüglich der Verfügungsberechtigung des Veräußerers in gutem Glauben ist. Diese Bestimmung kann von Wichtigkeit für die Gelegenheitsgesellschafter sein, wenn es sich um die Einwerfung von Einlagen, das Einbringen von Gegenständen handelt.

9. Nach § 368 H. G. B. tritt, soweit der Pfandverkauf ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, an die Stelle der im § 1234 B. G. B. bestimmten Frist von einem Monat eine solche von einer Woche.

10. Eine bedeutende Abweichnng von der Regelung im B. G. B. enthält endlich § 369 H. G. B. Es regelt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das ja auch für den Gelegenheitsgesellschafter eine nicht unbedeutende Rolle spielen kann. Das Zurückbehaltungsrecht des B. G. B. (§ 273) ist nur begründet 1. wenn jemand aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, oder 2. wenn einer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichteten Person wegen Verwendungen auf diesen Gegenstand oder wegen eines ihr durch denselben verursachten Schadens ein fälliger Anspruch

zusteht. Der erste Fall berechtigt also zur Leistungsverweigerung, § 369 H. G. B. aber nur zur pfandartigen Zurückbehaltung einer im Besitz des Gläubigers befindlichen, dem Schuldner gehörigen Sache. Der zweite Fall im B. G. B. hinwiederum gewährt zwar auch nur ein Zurückbehaltungrecht, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des § 369 H. G. B. aber berechtigt zum pfandähnlichen Verkauf der zurückbehaltenen Sache. Außerdem setzt das Zurückbehaltungsrecht des B. G. B. in beiden Fällen konnexe Gegenansprüche voraus, während das kaufmännische zur Sicherung jedweder Forderung, dient, die einem Kaufmann gegen einen anderen Kaufmann aus beiderseitigen Handelsgeschäften zusteht.

Insoweit sonst, im Verkehr der Gelegenheitsgesellschaft nach außen, handelsrechtliche Grundsätze zur Anwendung kommen, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Maßgebend ist hier Art. 2 E. G. H. G. B., welcher besagt, daß in Handelssachen das B. G. B. nur insoweit Anwendung findet, als nicht im H. G. B. oder im E G. H. G. B. etwas anderes bestimmt ist. Damit ist zwar das B. G. B. eine subsidiäre Rechtsquelle für das Handelsrecht, jedoch nicht in dem Sinne subsidiäre, daß die Tatsache der Regelung einer Materie im H. G. B. die Anwendung des B. G. B. ein für allemal ausschließt. So sind vielmehr, wenn das H. G. B. Rechtsregeln über ein Institut aufstellt, ohne dieses zu definieren, die Begriffsmerkmale desselben aus dem B. G. B. zu entnehmen z. B. Kauf, Bürgschaft); so sind die Rechtswirkungen bestimmter Verhältnisse, wenn zwar diese, nicht aber ihre Wirkungen im H. G. B. enthalten sind, aus dem B. G. B. zu entnehmen (Heilung des Verzugs); so sind mitunter rechtserhebliche Tatsachen, welche im H. G. B. überhaupt nicht genannt sind, aus dem B. G. B. zu entnehmen (Irrtum. Betrug, Zwang, Scherz.)

Sohin kann man in Zusammenfassung des Dargelegten sagen: Die Gelegenheitsgesellschaft ist auch heute, obwohl im H. G. B. nicht mehr enthalten, ein handelsrechtliches Institut, für das freilich Handelsrecht nur insoweit Anwendung findet, als die Kaufmannseigenschaft der Teilnehmer dieses bedingt, das aber sonst ausschließlich vom B. G. B. geregelt ist.

Die häufigste und wichtigste Anwendung der Gelegenheitsgesellschaft als Form zu kaufmännischen Vereinigungen findet sich auch im neuen Recht, in den sog. Begebungs- oder Emissionskonsortien[1]) einer Vereinigung von Kaufleuten, in welcher sie die Chance haben, daß ihnen die Vorteile der Begebung über einen bestimmten Kurs hinaus gemeinschaftlich nach Verhältnis ihres Aktienbesitzes zufallen, in welcher sie aber anderseits auch das Risiko übernehmen, ihren Anteil am Aktienbesitz abnehmen zu müssen, wenn die Begebung nicht gelingt. Die Summe der Beiträge zur Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes (Übernahme und Begebung der Aktien) und das durch das Konsortium erworbene Vermögen bilden zusammen das

[1]) S. insbes. Straub, Komm. 8. Aufl. 1906 Bd. I, pg. 1124.

Gesellschaftsvermögen. Dieses ist der Interpretationsvorschrift des § 706 B. G. B. gemäß ein Sondergut der Gesellschafter zu gesamter Hand. Es ist ihnen aber nicht genommen, im Gesellschaftsvertrag Miteigentum nach Quoten oder getrenntes Sondereigentum jedes Konsorten auszubedingen. Auch die Regel, daß durch Aufnahme von mehreren Konsortialen mehrere selbständige Gesellschaftsverhältnisse entstehen, kann durch Vereinbarung gebrochen werden. Die Regelung der einzelnen gesellschaftlichen Verpflichtungen ist nach neuem Recht nicht verschieden von der des A. D. H. G. B. Der Konsortialleiter hat dem Konsortialen von jedem erheblichen Schritt Mitteilung zu machen (§ 713, 666 B. G. B.), alles Zweckdienliche zur Unterbringung der Aktien zum Konsortialkurs vorzunehmen (§ 713, 665 B. G. B.), die Vorteile des Unternehmens anteilig auf die Konsortialen zu verteilen (§ 713, 677 B. G. B.) und jedem derselben Rechnung zu legen (§ 713, 721, 259 B. G. B.) Jedes Mitglied kann die Papiere und Geschäftsbücher einsehen (§ 716 B. G. B.), soweit ihm dieses Recht nicht durch entgegenstehende Vereinbarungen genommen ist (§ 716 Abs. 2 B. G. B.). Die natürliche Beendigung findet das Konsortium durch Wegfall seines Zweckes, wenn es nämlich bereits alle Aktien begeben hat, oder wenn keine Aussicht vorhanden ist, daß es noch welche unterzubringen vermag.

Im Unterkonsortium ist der Hauptbeteiligte dem Unterkonsortialen gegenüber bei Gefahr des sofortigen Austrittes desselben verpflichtet, seine eigenen Rechte gegen den Konsortialleiter zu wahren, ihm über die Ergebnisse der Geschäfte Rechnung zu legen und ihn an allen Vorteilen Anteil nehmen zu lassen.

Berichtigung:

Seite 28 Anmerkung lies: s. auch S. 55, resp. s. u. S. 41.
Seite 29 Anmerkung lies: s. u. S. 45.
Seite 31 Anmerkung lies: vgl. unten S. 70.